DIE
GEFANGENENBEFREIUNG.

EINE HISTORISCH-DOGMATISCHE STUDIE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

KURT ROITZSCH
REFERENDAR IN CHEMNITZ.

ACAD. LIBRARY

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1906.

Meinen Eltern

am Tage ihrer silbernen Hochzeit

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	I. Der Gefangene im Rechtssinne	1
§ 1.	1. Das Haftrecht	1
§ 2.	2. Das Wesen der Haft	3
§ 3.	3. Der Gefangene	15
	II. Die Befreiung des Gefangenen	20
§ 4.	1. Allgemeines	20
§ 5.	2. Geschichte des Haftbruchs	25
	A. Das römische Recht	25
	B. Das deutsche Recht bis zur Karolina	30
	C. Die Karolina und die folgende Zeit	34
	D. Die Weiterbildung im 18. und 19. Jahrhundert	36
§ 6.	3. Das geltende Recht	43
	A. Der Angriff des Gefangenen	43
	B. Der Angriff des Dritten	50
	C. Der Angriff des Hafthalters	53
§ 7.	III. Das Verhältnis der Gefangenenbefreiung zu anderen Delikten	67
	1. Die Meuterei	67
	2. Die Begünstigung	70
	3. Widerstand nach § 113 StGB.	74
	4. Sonstige Konkurrenzfälle	75
§ 8.	IV. Das Ergebnis	76

Literaturverzeichnis.

Lehr- und Handbücher.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts I. Leipzig 1885.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1902.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 2. 2. Abteilung. 1905.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1901.

Carpzov, Practica nova rerum crim. imperialis Saxonica editio a Frederico Böhmero. 1758.

Farinacius, Praxis et theoricae criminalis Libri duo. 1597.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11. Aufl. 1832.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. 1904.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884.

Haeberlin, Grundsätze des Kriminalrechts II. 1847.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht II, 1, 2. Bonn 1884—87.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Berlin. I—III 1871 bis 1874; IV 1877.

Kappler, Handbuch der Literatur des Kriminalrechts. 1838.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. und 13. Aufl. 1903.

Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 1895—96.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.

Mommsen, Römisches Strafrecht im Syst. Handb. der Rechtswissenschaft von Binding. 1899.

Osenbrüggen, Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter. 1860.

Rein, Das Kriminalrecht der Römer. 1844.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

Strykius, Usus modernus pandectarum. 1717.

v. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts I, II. Stuttgart 1825. 1826.

Kommentare.

Böhmer, Meditationes in Const. Crim. Carol. 1774.

Krug, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3.—4. Aufl. 1881. 1885.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1905.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1892.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Zeitschriften, Jahrbücher u. a.

Beseler, Reyscher und **Stobbe,** Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Hamm, Heinitz.

Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß (von Oetker und Finger).

Goltdammer, Archiv für gemeines und preußisches Strafrecht.

Holtzendorff, Allgemeine Strafrechtszeitung.

v. Liszt und **v. Lilienthal,** Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

v. Löning, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik.

Otto, Annalen des königl. sächsischen Oberappellationsgerichts. Neue Folge II, 381 ff.

Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals.

v. Schwarze, Allgemeine Gerichtszeitung für Sachsen.

v. Schwarze, Jahrbücher für sächsisches Strafrecht.

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland. Neue Folge.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. Neue Folge.

Bernhöft, Cohn und **Kohler,** Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Abhandlungen und Verschiedenes.

Brackenhoeft, De poena reorum, qui e carceris custodia effugiunt. Inaug.-Diss. Kiel 1868.

Emminghaus, Corpus iuris Germanici. 1844.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Breslau 1901. (In Belings strafrechtlichen Abhandlungen.)

Grimm, Deutsches Wörterbuch. Leipzig 1885.

Geschäftsordnung für die königl. sächsischen Justizbehörden. 1903.

Gretener, Begünstigung. München 1879.

Günther, Ideen der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. 1895.

Hofmann, Die Gefangenenbefreiung in ihren historischen Grundlagen sowie in rechtsvergleichender und dogmatischer Darstellung. Inaug.-Diss. Darmstadt 1903.

Klemm, Das Delikt der Gefangenenbefreiung. Inaug.-Diss. Greifswald 1904.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht I. 1890.

Lieber, Über bürgerliche Freiheit und Selbstverwaltung. Deutsch von Mittermaier. 1860.

Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.

Paulsen, System der Ethik. 6. Aufl. 1903.

Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.

Zoepfl, Altertümer des deutschen Reichs und Rechts. Leipzig und Heidelberg 1860. I—III.

Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach Ordnung des revidierten Entwurfes des Strafgesetzbuches für die königl. preußischen Staaten. Berlin 1838.

Abkürzungen:

ALR. = Allgemeines preußisches Landrecht.
BGB. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
E. II, 90 = Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 2 S. 90.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
KO. = Konkursordnung.
StGB. = Reichsstrafgesetzbuch. MStGB. = Militärstrafgesetzbuch.
StPO. = Strafprozeßordnung. MStPO. = Militärstrafprozeßordnung.

I. Der Gefangene im Rechtssinne.

§ 1.

1. Das Haftrecht.

Die Regelung der Gefangenenbefreiung in den §§ 120 bis 122, 347 unseres RStGB.[1]) ist ein Produkt der Geschichte, die das Delikt in den groben Formen, in denen das Leben es zeigte, aufnahm und ihm zum Nachteile abstrakt juristischer Präzision im Gesetze eine konkrete Fassung gab.

So kennt das Gesetz keinen klar bestimmten Begriff des Gefangenen,[2]) spricht vielmehr von einer Befreiung aus der Gefangenenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet. Wohl war der Begriff des Gefangenen im Rechtssinne — das ist im Sinne der widerrechtlichen Befreiung — einst weit enger, noch aber redet das Gesetz nicht von dem Gefangenen schlechthin, sondern ergänzt ihn im Banne der konkreten Lebenserscheinung des Delikts durch irreführende pleonastische Zusätze, während Literatur und Praxis fast ausnahmslos unter einem Gefangenen den durch Staatsgewalt seiner Freiheit Beraubten als solchen verstehen und damit überhaupt das

[1]) Dazu MStGB §§ 144, 159, auch 58 Ziff. 11.

[2]) Anders Sachsen 1868: a. 154 b.

staatliche Recht auf Freiheitsentziehung unter strafrechtlichen Schutz stellen. Dieses Recht schränkt zwar das allgemeine Menschenrecht auf persönliche Freiheit zugunsten des Unterordnung heischenden Gesamtwillens ein,[1]) ist aber sanktioniert unter Zusicherung formeller und materieller Garantien im Gesetze,[2]) ohne daß dadurch eine generelle, d. h. nicht für bestimmte Fälle vorgesehene Befugnis zur Festnahme ausgeschlossen wird.[3])

Dieser Eingriff in die Bewegungsfreiheit bedeutet physischen Zwang zwecks Durchführung der Erfüllung oder Sicherung sei es privater oder öffentlicher Rechte[4]) und steht zu nicht nur gegen den Rechtsgefährdenden oder -verletzenden, sondern auch gegen den durch diesen Bedrohten[5]): sogen. Verhaftung

---

[1]) vgl. Paulsen, System der Ethik 1903 6. Aufl. Bd. 2 S. 570 ff.

[2]) Z. B. Déclaration des droits de l'homme vom 26. 8. 1789; vgl. auch Lieber, Über bürgerliche Freiheit und Selbstverwaltung, deutsch von Mittermaier, 1860 S. 45 über das Verbot allgemeiner Haftbefehle nach englischem Rechte. Gerichtssal 1849 a. Drechsler, Zur Erläuterung der Artikel 3 und 9 der Grundrechte des deutschen Volkes, § 3: Die Verhaftung.

[3]) So das preußische Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. 2. 1850 § 6: „Die im § 3 genannten Behörden, Beamten und Wachmannschaften sind befugt, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, wenn der eigene Schutz dieser Person oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe diese Maßregeln dringend erfordern": von Hofmann, Die Gefangenenbefreiung 1903 S. 30, sogen. Administrativhaft.

[4]) Dagegen spricht E. XII, 162 nur von öffentlichem Interesse; anders Oppenhoff ad § 120 und Hofmann S. 28.

[5]) Ebenso Binding, Lehrb. II, 2 1905 S. 584 a. 7 unter Hinweis auf StGB. §§ 55. 56 Abs. 2, 362 Abs. 2, 3; vgl. Anm. 3 zu S. 2; ferner John in Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts 1874 III S. 150 a. 21.

bona mente. Das Recht zur Festnahme — als solches heute nur ausnahmsweise geschützt[1]) — wird mit deren Verwirklichung zum Rechte auf Festhaltung des nunmehr Verhafteten und heißt — dieses inbegriffen — Haftrecht i. w. S., während man als Haftrecht i. e. S., als das eigentliche Haftrecht nur das Recht jemanden festzuhalten, das ius detentionis, bezeichnet.[2]) [3]) Dies allein ist das Objekt der Gefangenenbefreiung, das durch widerrechtliche Aufhebung des bestehenden Zwangsverhältnisses, der sogen. Haft, verletzt wird. Den deliktischen Angriff selbst nennt Binding — analog dem Arrestbruche § 137 StGB. — treffend Haftbruch[4]) und kennzeichnet damit das juristische Wesen der heutigen Gefangenenbefreiung, dessen Geschichte weder das Haftrecht als Schutzobjekt noch den Gefangenen als den dem Haftrechte Unterworfenen kennt, sondern nur allmählich an der Hand der Kasuistik zu dem heutigen Ergebnisse führt.

§ 2.

2. Das Wesen der Haft.

Die Haft als taugliches Angriffsobjekt ist bedingt durch das Haftrecht, bei dessen Fehlen die Haft nur eine tatsäch-

[1]) So MStGB. § 144; vgl. Das Recht von Freiburg 1520 p. XCVII, 1 bei Osenbrüggen S. 177. Sonst auch strafbar als Begünstigung oder Widerstand gegen die Staatsgewalt.

[2]) Binding a. a. O. S. 583.

[3]) Wie der Gläubiger durch Pfändung an dem Pfandobjekte ein Pfandrecht erwirbt, so erwächst dem Staate gegenüber dem Festgenommenen ein Haftrecht.

[4]) Zuerst Gerichtssaal 1904 Bd. 64: Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung S. 12.

liche und ihre Aufhebung keine widerrechtliche, keine Gefangenenbefreiung im Rechtssinne ist. Danach ist der Haftbegriff ein wesentlich rechtlicher Begriff[1]): die Summe der Merkmale der tatsächlichen Haft als Verwirklichung des Haftrechts.[2]) So scheiden wir rechtliche Voraussetzungen — Träger des Haftrechts und der Haftausübung und den Haftttitel — und tatsächliche Essentialien: das reale Zwangsverhältnis.

a) Der Haftberechtigte. Wenn auch der Gesetzgeber die Gefangenenbefreiung unter den Widerstand gegen die Staatsgewalt aufgenommen hat, so gilt doch der Satz, nur der Staat habe das Recht, in die persönliche Freiheit einzugreifen, heute nicht ausnahmslos,[3]) wohl aber ist nur das staatliche Haftrecht strafrechtlich geschützt. Nimmt eine Privatperson, das ist ein nichtstaatliches, oder staatliches aber unzuständiges Organ, eine ihr erlaubte Festnahme vor, so fehlt es zur Vergeltung des Bruches dieser Haft an dem vom Gesetze geforderten Schutzobjekte: dies ist i. w. S. die der staatlichen Willensbetätigung innewohnende Autorität, die der privaten Haft fehlt, da sie Verwirklichung privaten Willens ist. Dieser bahnt der staatlichen Haft den Weg und ermöglicht, daß sie durch das berufene Organ statuiert werde: also ist der private Haftberechtigte nur negotiorum gestor des Staates.[4]) Daß hier der Schutz versagt ist, mag politisch ein

---

[1]) Dagegen v. Schwarze, Komm. 1884 ad § 120: „Wer Gefangener ist, ist im allgemeinen keine Rechtsfrage.“ Ähnlich Goltdammer 19 S. 676; Klemm S. 29.

[2]) Binding a. a. O. S. 585/86: „Besitz und Rechtstitel müssen zusammentreffen.“

[3]) StPO. §§ 127 ff.; BGB. § 230; dagegen Drechsler a. a. O.

[4]) Nicht aber der Delegatar der Haftausübung.

Zugeständnis an das Recht der persönlichen Freiheit sein, rechtlich hat wahrscheinlich die Ausnahmequalität privater Verhaftungsberechtigung gegen den kriminellen Schutz gesprochen. Dieser kommt nur dem Staate als Haftberechtigten zu,[1]) der von einem Privaten aber Festgenommene ist kein Gefangener.[2])

b) Ausübung des Haftrechts. Sie geschieht durch zuständige Organe, in deren Amtskreis das Festhalten und Verhaften von Personen fällt,[3]) oder durch Vertreter mit delegierter Befugnis, schließlich durch sachliche Mittel im Wege der Internierung. Der unzuständige Beamte erwirbt dem Staate kein Haftrecht,[4]) wohl aber kann er wie der Nichtbeamte Delegatar der Staatsgewalt sein.

Der vollstreckungsberechtigte Beamte muß die ernstliche Absicht haben, als staatliches Organ eine Person festzunehmen,[5]) dies nicht nur zum Scheine zu tun. Der Wille äußert sich stillschweigend oder ausdrücklich, unter Umständen durch

---

[1]) So das Reichsgericht E. XIII, 254 und fast ausnahmslos die ganze neuere Literatur. A. M. Gerichtszeitung für Sachsen 1860 S. 110, 1864 S. 70 hier nur, wenn ein Verbrechen vorliegt. Meyer S. 690 a. 10 ad § 127 StPO. Richtig Otto, Annalen II S. 392: es sei eine Art antizipierter Realzitation.

[2]) vgl. dagegen Portugal 1884 a. 190: wonach auch bestraft wird, wer einen Gefangenen aus dem Volke der Gewalt der Personen befreit in Fällen, wo diese festnehmen können.

[3]) Polizei-, Zoll- (Gerichtszeitung 1865 S. 221), Staatsanwaltschafts-, Gerichts-, Gefängnisbeamte, Militärpersonen (Garnisondienstvorschrift vom 15. 3. 1902: sub Festnahme und Waffengebrauch, Kriegsart. 23 Abs. 1) usw.

[4]) z. B. E. VIII, 313 der Gemeindebeamte ohne Polizeigewalt.

[5]) So Gerichtssaal 18, 364; Oppenhoff ad § 120; ferner Binding a. a. O. S. 584; sie fehlt z. B. dem betrunkenen Büttel.

Gewalt[1]) zwecks Hinderung der Fortbewegung nach eigenem Gutdünken.

Wird die Detentionsgewalt delegiert, so übt der Delegatar staatliches, nicht eigenes Haftrecht aus;[2]) seine Zwangsgewalt ist nur derivativ, nicht originär, weshalb er die Haft nicht begründen, sondern die bestehende lediglich perpetuieren kann.

Im einzelnen setzt die Delegation voraus:

1. Daß der zur Beauftragung Berechtigte einen Gefangenen dem Delegator zur Übernahme anbietet.[3]) Es muß also eine Person als Gefangener übergeben werden, d. h. sie muß sich in staatlicher Gewalt befinden und als ihr unterworfen vom Übernehmer erkannt sein. Weiter muß der Delegant — dies kann ein staatliches Organ oder ein mit Substitutionsbefugnis ausgerüsteter Delegatar sein — das Recht zur Übergabe des Gefangenen ausdrücklich oder stillschweigend[4]) haben und, wenn ihm die Wahl des Übernehmers zusteht, diese mit der erforderlichen diligentia vornehmen.

War er zur Delegation überhaupt oder im einzelnen Falle nicht berechtigt, so wird er mit der Tradition der Pflicht zur Bewachung nicht enthoben, eine solche für den

---

[1]) Freiheitsberaubung, Mißhandlung, Nötigung erscheinen da nicht rechtswidrig: Entsch. d. RG. vom 10. 11. 1904. Die Festnahme vollzieht sich dann noch in der von E. XII, 162 geforderten gesetzlichen Form. Weitergehende Angriffe gegen Leib, Leben oder Freiheit sind widerrechtlich und geben ein Notwehrrecht.

[2]) Wie dies der verhaftungsberechtigte Private tut.

[3]) Binding a. a. O. S. 589; Hofmann S. 43.

[4]) Dieses Recht ist z. B. enthalten in der allgemeinen Verpflichtung, alles zu tun, was eine sichere Bewachung erfordert, auch bei unverschuldeter persönlicher Verhinderung des Beamten; vgl. E. VII, 103.

Übernehmer nicht begründet; dieser wird nur negotiorum gestor, während der Gefangenenbegriff mit der staatlichen Haft entfällt.[1])

2. Die Annahme des Gefangenen durch den Delegatar.[2]) Diese verpflichtet zur Bewachung des Gefangenen oder zur Sorge für solche,[3]) event. bei Unterbrechung der Haft zur sofortigen Wiederergreifung. Auch diese ist Ausfluß der dem Delegatar übertragenen staatlichen Gewalt, nicht eigene, in sein Ermessen gestellte Willensbetätigung. Lehnt er die Verantwortung ab und kommt der Gefangene dann doch in seine Hände, so ist die Übernahme verweigert und der von ihm Festgehaltene nur tatsächlich Gefangener, bewachungspflichtig aber bleibt der Tradent. Wird die Übernahme trotz bestehender Verpflichtung verweigert, so wird der Tradent befreit; denn die Detentionspflicht des anderen beginnt zwar mit der Übernahme, aber nur wenn diese rechtzeitig erfolgt, nicht, wenn sie erst ohne Grund abgelehnt und später nachgeholt wird. Ist die Übergabe des Gefangenen, trotzdem der Übernehmer die Verantwortung nicht tragen will, gleichwohl erlaubt, so liegt stillschweigender Verzicht des Staates auf sein Haftrecht vor.

Entsprechend ist die Substitution des Delegatars zu beurteilen.

Ein praktischer, in seiner rechtlichen Wirkung nicht unbezweifelter Fall für diese Ausführungen ist die Unterbringung eines Gefangenen in eine Irren-, Kranken- oder

---

[1]) Sie besteht weiter, wenn trotz erfolgter Übergabe der Gefangene in der Machtsphäre des Tradenten bleibt.

[2]) Dieser kann sich durch einmaligen Vertrag zu wiederholter Übernahme verpflichten.

[3]) So in Krankenhäusern oder Gefängnissen.

sonstige Heilanstalt.[1]) Wir kommen zu dem Ergebnisse, daß der Übergebene Gefangener bleibt, wenn er

1. in dieser seiner Eigenschaft der Anstalt anvertraut,

2. von deren Verwaltung übernommen wird mit der Verpflichtung,[2]) für seine Bewachung durch Wärter zu sorgen, oder auch diese sich zur Beaufsichtigung unmittelbar erbieten,

3. nach der Einlieferung tatsächlich bewacht wird.[3])

Fehlt eines der drei Erfordernisse, so kann von einem Gefangenen keine Rede mehr sein.[4]) [5])

---

[1]) Davon ist die Frage zu scheiden, ob Kranke in solchen Anstalten Gefangene sind.

[2]) Diese wird abgelehnt durch die Verwaltungsordnung für das Stadtkrankenhaus zu Chemnitz vom 19. 3. 1901 § 1 Abs. 3: Für erkrankte Untersuchungs- oder Strafgefangene wird eine Verpflichtung, dieselben in Gewahrsam zu behalten . . ., nicht übernommen. Sie werden im Krankenhaus lediglich als Kranke, nicht als Gefangene aufgenommen und behandelt.

[3]) Dies schließt nicht aus, daß er sich unter freien Kranken bewegt.

[4]) Eine Unterbringung schlechthin genügt nicht. Zu allgemein Klemm S. 32; Binding S. 584: Es können Gefangene zur Beobachtung in einem Irrenhaus oder zur Behandlung in einem Krankenhaus untergebracht werden, und dann bleiben sie Gefangene. Ähnlich E. XIX. 330: weil als solche übergeben. Oppenhoff ad § 120 verlangt zur Aufnahme von Gefangenen bestimmte Stuben. Verneint wird die Gefangeneneigenschaft von Frank, Komm. § 120 und Sächs. Gerichtszeitung 1866 S. 116: es fehle an der Beraubung der persönlichen Freiheit.

[5]) Im gleichen Sinne spricht sich die Geschäftsordnung für die sächs. Justizbehörden 1903 aus §§ 672, 673: Die Verwaltung ist um besondere Überwachung zu ersuchen. § 774: . . . Die Haft besteht demnach nicht ipso iure fort. Der voraufgegangenen Erwägung, daß der Gefangene noch dem Kollusions- oder Fluchtverdachte untersteht oder als Strafgefangener nicht ohne Bedenken der Freiheit wiedergegeben werden kann, muß notwendig das Ersuchen um geeignete Bewachung durch die Anstalt folgen.

c) Der Hafttitel. Die Festnahme erzeugt kein Haftrecht als abstrakter Staatsakt, sondern nur, wenn sie sich auf einen Rechtsgrund, den titulus detentionis stützt, von dem die causa der Haft, d. i. das Rechtsschutz fordernde Moment, wohl zu scheiden ist.[1]) Der Hafttitel ist nun entweder im Gesetze festgelegt[2]) (z. B. StPO. §§ 114, 127 Abs. 2, 131) oder wird durch einen behördlichen Akt gegeben, z. B. Anordnung des Vorsitzenden (StPO. § 230) oder Beschluß des Gerichts (GVG. § 178) u. a. Ohne Titel ist die Haft nur eine tatsächliche und als solche nicht geschützt,[3]) ja sie wird dann meist eine widerrechtliche[4]) sein und dem Betroffenen ein Notwehrrecht geben. Ebensowenig genügt ein Titulus putativus, d. i. ein Titel, der nur in der Vorstellung des Festnehmenden lebt; ja handelt dieser kulpos, so begeht er das Amtsverbrechen des § 341. Mit dem Wegfalle des Titels endet auch das Haftrecht, und die Haft ist keine rechtliche mehr, selbst wenn die causa noch fortbesteht. Der Hafttitel

---

[1]) Für das Zurechtbestehen der Haft ist die causa unentbehrlich, jene muß nicht materiell begründet sein, wenn nur der Haftbefehl formgerecht ist, z. B. gemäß StPO. § 114 Abs. 2 oder ZPO. § 909. Der formell gültige, aber sine causa erlassene Haftbefehl ist iustus titulus: vgl. Binding a. a. O. S. 586.

[2]) Auf völkerrechtlichem und zwar gewohnheitsrechtlichem Titel beruht die Kriegsgefangenschaft.

[3]) Z. B. der Gefangene ist gar nicht kollusions- oder fluchtverdächtig oder der Haftbefehl ist formwidrig. Zu eng Otto Mayer S. 365: „Rechtswidrig wird die Zurückbehaltung erst, wenn die Böswilligkeit des Beamten darin zum Ausdruck kommt.“ — Es ist weder Gefangener, wer rechtmäßig von einem unzuständigen Beamten, noch wer unrechtmäßig von einem zuständigen Beamten festgenommen ist. A. M. Klemm S. 54.

[4]) Nicht z. B. bei den einer gefangenen Mutter mitgegebenen Kindern: die genannte Geschäftsordnung §§ 1886, 1897.

wird nun entweder unwirksam durch Ablauf der in ihm festgesetzten Zeitdauer der Haft oder durch einen actus contrarius der Behörde: Aufhebung des Haftbefehls: (StPO §§ 123, 126) oder Anordnung des Amtsrichters (StPO. §§ 128 Abs. 2, 132 Abs. 2; CPO. §§ 902 Abs. 2, 913.) Im letzteren Falle bleibt das Haftrecht existent bis zur Aufhebung der Haft[1]): vgl. Binding S. 586.

d) Das tatsächliche Zwangsverhältnis. Dies ist kraft Staatsgewalt geschaffen zwischen Staat und Gefangenem[2]) und bezweckt Aufhebung der Selbstbestimmung von Aufenthalt[3]) und Bewegung durch physische Mittel, auf deren Widerstand jede Willensbetätigung des Gefangenen nach der genannten Richtung stößt. Jene Mittel sind nun persönlicher oder sachlicher Natur oder auch beides: Bewachung und Internierung.[4]) Daß die Freiheit total aufgehoben wird, ist nicht erforderlich,[5]) vielmehr wird dem Gefangenen eine relative Freiheit, d. i. innerhalb der gesetzten Schranken belassen. Wie groß diese ist, ist quaestio facti,[6]) nur muß das Mittel ein in sich geschlossenes sein und dem Gefangenen keinen Zutritt zu der außerhalb der Gefangen-

---

[1]) Im ersteren Falle muß ausdrücklich vermerkt sein, daß die Haft mit Ablauf der Zeit endet, nicht nur, daß der Haftbefehl dann aufzuheben oder der Gefangene zu entlassen sei.

[2]) Nicht mehr beim verstorbenen Gefangenen.

[3]) E. XXXVII, 306.

[4]) Das Zwangsverhältnis wird im folgenden als Detention bezeichnet. Otto a. a. O. S. 387 spricht von einem in den Ortsverhältnissen liegenden Druck oder persönlicher Übermacht.

[5]) Goltdammer 37, 433: Körperliches Festhalten ist nicht nötig.

[6]) Vom Hungerturme des Ugolino bis zur custodia honesta ist ein weiter Weg.

schaft liegenden Freiheit gewähren,[1]) wie er bei bloßer Freiheitsbeschränkung besteht. Dieser ist eigen die generelle Möglichkeit zeitweiser freier Bewegung: Wird hingegen dem Gefangenen im einzelnen Falle freie Bewegung zugestanden, so bedeutet dies Aufhebung der Haft auf Grund eines zeitweisen Verzichtes auf die Ausübung des Haftrechtes. So ist keine Haft, sondern Freiheitsbeschränkung — sei es temporär oder lokal — der Aufenthalt in Kasernen, Alumnaten, Armenhäusern, unter gewöhnlichen Umständen auch in Erziehungs- oder Besserungs- und in Kranken- und Heilanstalten. Doch ist zu betonen, daß der Zweck der Erziehung oder Heilung an sich die Haft niemals ausschließt, anderseits der Zögling oder Kranke als solcher niemals Gefangener ist!

Macht aber ihr Organismus eine der letztgenannten Anstalten zu einer tatsächlichen Haftanstalt, so halten wir doch dieses Zwangsverhältnis für strafrechtlich nicht geschützt, wo es nicht als Verwirklichung eines Rechtes auf Festnahme erscheint. So wird man dem Staate ein Recht, Gemeingefährliche und Minderwertige[2]) von der Außenwelt abzuschließen, nicht absprechen können.[3]) Tut er es, so sind sie seine Gefangenen.

---

[1]) Festbinden oder Fesseln des Gefangenen (im Felde z. B. als Ersatz für Arrest), Internierung in Zellen, verschlossenen Lokalen oder Gebäuden, event. auch Gebäudekomplexen. Bei bloßer Bewachung muß der Gefangene in der Machtsphäre des von Binding, Gerichtssaal a. a. O. sogen. Hafthalters bleiben.

[2]) Beide standen unter dieser Bezeichnung auf der Tagesordnung der 10. internationalen Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung vom 12. bis 14. 9. 1905; vgl. DJZ. X Nr. 19 S. 889ff.

[3]) Z. B. mit epidemischen Krankheiten behaftete Personen — man denke an die Isolierzellen der Malariakranken in Rio de Janeiro — oder gemeingefährliche Geisteskranke. — Minderwertig sind die, „deren Zu-

Nicht physisch, nur moralisch gebunden ist der auf Ehrenwort Internierte: so viele Kriegsgefangene, Offiziere im nicht verschärften Stubenarrest, Geistliche in Demeritenhäusern: preuß. Gesetz vom 12. 5. 1873. Diesen Personen gegenüber verzichtet der Staat auf Haftausübung und beschränkt sich auf die Forderung des Selbstzwanges, also sind sie nicht Gefangene.[1])

Ebensowenig ist es der Flüchtling,[2]) der ohne Begleiter beurlaubte Gefangene,[3]) der gegen Sicherheit Entlassene, auch nicht, wer glaubt Gefangener zu sein, während das Gewaltverhältnis nicht mehr besteht.[4])

Nach alledem gibt es eine Haft und mit ihr einen Gefangenen nur, wo das geschilderte titulierte Zwangsverhältnis besteht. Mit seinem Werden und Aufhören ist juristisch auch

---

rechnungsfähigkeit durch innere Einflüsse geschwächt ist'. — Ferner Kinder, die auf Grund eines Beschlusses des Vormundschaftsgerichts in eine Anstalt gebracht werden: StGB. § 55; BGB. §§ 1666, 1838; vgl. auch ZPO. § 656; StPO. § 81 u. a.; das Weitere s. § 3.

[1]) Ebenso Binding S. 586, 88; Oppenhoff, Entscheidungen des Ober-Trib. 12, 416; Hofmann S. 30; a. M. Merkel S. 395; Meyer S. 664; Liszt S. 568 ff.; Klemm S. 34: mit Aufgabe der Bewachung sei die Gefangenschaft noch nicht aufgehoben, da es der Wille des Staates auf Freiheitsentziehung noch nicht sei.

[2]) So schon Sächs. Gerichtszeitung 1867, 218.

[3]) E. XV, 39; s. auch Goltdammer 37, 172: Der Gefangene, der von dem Hafthalter freigegeben wird gegen das Versprechen, sich selbst der Behörde zu stellen.

[4]) A. M. Binding S. 586. Aber der angebliche Gefangene kann doch unmöglich noch befreit werden, welches ist das schutzbedürftige Haftmittel? Umgekehrt liegt doch auch dann keine Einsperrung vor, wenn, wie Binding selbst lehrt, eine sogar von dem Betroffenen nicht erkannte Möglichkeit zu entkommen gegeben ist: vgl. StGB. § 239. Wenn dieser nicht eingesperrt ist, warum soll jener Gefangener sein?

das Schicksal des Gefangenen verknüpft. Hier öffnet sich die Frage nach den Grenzen der Haft, ihrer Entstehung und Beendigung.

1. Beginn der Haft. Sie entsteht mit der Festnahme, dem Augenblicke der Freiheitsentziehung,[1]) der sich freilich in abstracto nicht bestimmen läßt. Jedenfalls ist nicht nötig körperliches Festhalten oder körperliche Überlegenheit des Verhaftenden, sondern entscheidend ist die vollzogene Unterwerfung unter den vom Beamten geäußerten Staatswillen, und diese ist vorhanden, sowohl wenn der Gefangene freiwillig folgt, als wenn der Beamte einen ihm an Körperkraft Überlegenen sistiert.[2]) Dagegen wird keine Detention geschaffen durch bloße Existenz des Titels, Ankündigung der Arretur[3]) oder einfache wörtliche Erklärung der Festnahme,[4]) die den Gefangenen über die bereits erfolgte Unterwerfung höchstens aufzuklären vermag.[5]) Gleich als von Hoheitszeichen staatlicher Autorität fordert die Garnisondienstvorschrift vom 15. 3. 1902 Handauflegen oder Berühren mit der Waffe unter ausdrücklicher Erklärung der Festnahme.[6]) Zwar wird sich

---

[1]) Sächs. Gerichtszeitung 1864 S. 321; Otto S. 383.

[2]) So auch Binding S. 585; vgl. auch Goltdammer 37, 433.

[3]) Ebenso Olshausen ad. § 120; Stenglein, Zeitschrift 5, 285; anders nach der Sächs. Gerichtszeitung 1859, S. 374, wogegen sich Krug Komm. 1861 ad a. 154 wendet.

[4]) Schon bekämpft von Otto S. 387: „Einen solchen Zustand kann das bloße Wort nicht schaffen." — Denke an Goethe: „Niemand gehe von der Stelle, sie sind alle meine Gefangenen," im „Groß-Kophta" 5. Akt 6. Auftritt (Der Oberste.); s. auch Anm. 6.

[5]) vgl. Olshausen ad § 120 Nr. 1.

[6]) Daselbst sub Festnahme und Waffengebrauch Punkt 118ff., 122: Als festgenommen gilt eine Person erst dann, wenn ihr unter Handauflegen oder Berühren mit der Waffe ihr ausdrücklich eröffnet habt

der Vorgang meist in diesen Formen abspielen, aber bedingend sind sie nicht für die Entstehung der Haft.

2. Ihr Ende. Nicht entfällt die Haft, wie sie nur beginnt, erst mit ihren tatsächlichen Merkmalen, sondern bereits mit dem Untergange des Hafttitels.[1]) Überdauert dieser das faktische Gewaltverhältnis, so ist auch die Haft aufgehoben.[2]) Dies kann nun geschehen:

a) Mit Willen des Staates durch Zeitablauf, Wegfall des Hafttitels, stillschweigenden oder ausdrücklichen Verzicht sei es auf Zeit oder Dauer, schließlich auch durch Entlassung.

b) Ohne Willen. Dies ist möglich, wenn der Gefangene stirbt oder das Haftmittel — freilich nicht durch widerrechtlichen Angriff — untauglich wird, sei es daß der Wächter stirbt oder zur Bewachung unfähig wird, sei es daß das Gefängnis niederbrennt[3]) oder infolge eines Erdbebens einstürzt.

c) Wider den Willen des Staates endet die Haft durch den Haftbruch, mag er nun mit, ohne[4]) oder gegen[5]) den Willen des Gefangenen begangen werden.

---

daß sie festgenommen sei. Der bloße Zuruf: Halt! oder: Sie sind festgenommen! usw. genügt nicht.

[1]) Nicht mit dem Wegfall der causa.

[2]) Die Dauer der Aufhebung ist gleichgültig: Goltdammer 37, 172, E. XXVI, 53.

[3]) Hofmann S. 30.

[4]) Der Gefangene weiß nichts von seiner Befreiung.

[5]) s. v. Schwarze, Jahrbücher für sächsisches Strafrecht 4, 415: „Dies ist besonders der Fall bei den Komplicen eines seither unbeteiligten, aber verhafteten Mitglieds jener Genossenschaft, die Anzeigen über ihre Schlupfwinkel fürchten."

§ 3.

3. Der Gefangene.

Die voraufgehende Erörterung über das Wesen und die Voraussetzungen der Haft ergibt die begriffsbildenden Momente für den Gefangenen im Sinne unseres Strafgesetzbuches. Diesem muß

a) die Selbstbestimmung über Aufenthalt und Bewegung tatsächlich entzogen sein, und zwar

b) von Rechts wegen,

c) durch staatliche Gewalt mittels zuständiger Organe, Delegatare oder realer Detention.

Danach sagen wir: Gefangener ist, wem kraft staatlicher Zwangsgewalt von Rechts wegen die Bewegungsfreiheit genommen ist.[1])

Er ist es, der durch den Haftbruch befreit wird und den das Gesetz im § 120 pleonastisch umschreibt.[2])

---

[1]) Hälschner II S. 960 ff: „Wer im öffentlichen Interesse kraft obrigkeitlicher Gewalt seiner Freiheit beraubt ist.“ Ähnlich Oppenhoff ad § 120 und E. XII, 162, die noch Verhaftung in gesetzlich gebilligter Form verlangen. Sehr umfänglich Hofmann S. 29: Personen, die vermöge eines staatlich begründeten und unmittelbar physische Betätigung gestattenden Zwangsverhältnisses verhindert werden sollen, jenen etwa vorhandenen Willen der Aufenthaltsveränderung zu verwirklichen.

[2]) Das Wort Gefangener findet sich schon im Sachsenspiegel III, 88 § 2; I, 50 § 1; I, 68 § 5 u. a. Vgl. weiter Grimm, Wörterbuch 1885 sub Gefangener. Das röm.R. spricht von receptae in carcerem personae oder custodia: Cod. 9, 4 l. 4 D. 48, 3 l. 12. — Wie der deutsche Ausdruck bergen auch fremdsprachliche Bezeichnungen wie detenu, detenido, prisonnier, preso den tatsächlichen Begriff des Gefangenen schon im Worte.

Nun finden wir die aktuellen Erscheinungsformen der Haft im Dienste der Sicherung des Prozesses, der Konsumtion des Strafrechts, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit überhaupt, schließlich auch des Völkerrechtes: so reden wir kurz von einer Prozeß-, Straf-, Administrativ- und einer Kriegshaft. Soweit die Gefangenenbefreiung sich gegen die Prozeßhaft richtet, kann man sie mit Binding a. a. O. S. 584 als Prozeßverbrechen auffassen.

1. Die Prozeßhaft soll sichern:

a) Das Entstehen oder die Existenz des Prozesses. Dies geschieht durch vorläufige Festnahme[1]) (StPO. § 9, 127. MStPO. §§ 180, 291), durch Untersuchungshaft (StPO. §§ 112 ff. MStPO. §§ 175 ff.) Realzitation[2]) (StPO. §§ 50, 133, 134, 235; vgl. MStPO. §§ 172, 278 Abs. 2) oder Festhalten des Angeklagten nach StPO. § 230, MStPO. § 279.

Im zivilen Prozesse[3]) begegnen wir der Haft in ZPO. §§ 899 ff. (Haft zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides), 888, 918 (persönlicher Sicherheitsarrest), 380 Abs. 2 (zwangsweise Vorführung eines Zeugen), ferner in der Konkursordnung §§ 101, 106.

b) Den ordnungsgemäßen Verlauf des Prozesses. Dies tut sie nach GVG. § 178 (zwangsweise Entfernung aus dem Sitzungszimmer), StPO. §§ 162, 246 Abs. 2 und MStPO. § 290 Abs. 1.

---

[1]) E. XII, 426, XXXVII, 366; vgl. auch Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 11, 691: zwecks Auslieferung an fremde Staaten.

[2]) E. XII, 162.

[3]) Die Schuldhaft ist seit 29. 5. 1868 aufgehoben. Die Befreiung aus ihr bestrafen Hessen 1841 a. 198 Abs. 2, a. 199 Abs. 2; Baden 1845/57 § 638.

2. Strafgefangene sind nicht nur kriminell Bestrafte, sondern auch mit disziplinarer Freiheitsstrafe Belegte, wie Studenten im Karzer[1]) und Schüler im Arreste einer staatlichen oder kommunalen Schule,[2]) schließlich noch die nach § 489 StPO. Verhafteten.

3. Administrativhaft.[3])

Sie dient dem Schutze öffentlicher Sittlichkeit und Sicherheit wie einzelner Personen und trifft nicht als Genugtuungs-, sondern Sicherungszwang den, der jene Güter gefährdet oder durch diese Gefahr bedroht ist.[4]) Wir finden jene Haft:

a) In Zwangserziehungs- und Besserungsanstalten, die Prosituierte (StGB. §§ 631 Nr. 6, 362 Abs. 3) oder verwahrloste Kinder aufnehmen (BGB. §§ 1666, 1838; StGB. §§ 55, 56).[5])

b) In Arbeitshäusern für Arbeitsscheue, Landstreicher, Bettler und Prostituierte (StGB. §§ 361 Nr. 3—8, 362).

---

[1]) Frank, Olshausen, Oppenhoff ad § 120; Hofmann S. 28; a. M. Klemm S. 31.

[2]) A. M. Olshausen § 120. Dem Arrest komme eine Bedeutung für das öffentliche Leben nicht zu, Schuldisziplin sei gleich Hausdisziplin. Ähnlich Binding S. 584 a. 7, der, wenn die Haft Erziehung oder Besserung bezweckt, die Gefangeneneigenschaft verneint. Vgl. auch Klemm S. 30. Richtig Rüdorff-Stenglein, Frank, Oppenhoff ad § 120; Hofmann S. 28, Münchener OLG. 20, 4. 1890. Vgl. auch Annalen des. sächs. ObGer. 1882 S. 30 ff., dazu die Nachtragsverordnung für Fortbildungsschüler vom 4. 11. 78 zu einer Ausführungsverordnung des sächs. Volksschulgesetzes 1873 § 2 Abs. 3.

[3]) Nach Hofmann S. 30.

[4]) s. oben S. 2 Anm. 5.

[5]) Mit Rücksicht auf den Zweck leugnet Binding S. 584 a. 7, daß sie Gefangene seien (s. oben Anm. 2), während er am gleichen Orte durch die Festnahme nach StGB. §§ 55, 56 Abs. 2 ein Haftrecht entstehen läßt. Ebenso verneinen: Liszt S. 568; Meyer S. 664;

c) In Heilanstalten, in denen gemeingefährliche Kranke auf behördliche Anordnung untergebracht sind und besonderer Bewachung unterstehen, wie epidemisch Erkrankte (Cholera, Pocken, Pest), Geisteskranke, Trinker u. a. [1])

Die sub a—c genannten Personen sind nicht um ihrer selbst willen Gefangene, [2]) sondern als einem wohl begründeten und ausgeübten staatlichen Rechte auf Festnahme und Internierung Unterworfene. [3]) Fehlt aber jenes Recht [4]) oder ist ihre Bewachung eine nur zeitweilige, so gebricht es im ersten Falle an einer rechtlichen, im zweiten an der tat-

---

Rüdorff-Stenglein ad § 120; Klemm S. 31, 32. Dagegen: Olshausen ad § 120; Oppenhoff ad § 120, E. XV, 39: Wenn die freie Bewegung in einem das Maß der gewöhnlichen Schulzeit überschreitenden Umfang beschränkt ist. Frank ad § 120 macht vom freien Verkehr mit der Außenwelt abhängig. Ähnlich auch Loening, Jahrbücher 1901 3. Folge Bd. 23 S. 82; ebenda das badische Gesetz vom 8. 7. 1904 zitiert, wonach die Entziehung jugendlicher Personen aus Erziehungsanstalten bestraft wird, auch wenn § 120 StGB. nicht zutrifft. — Juristenzeitung 1905 Nr. 1 S. 73 bezeichnet die Zöglinge als Mittelstufe zwischen Gefangenen und Freien. Dieselbe Zeitung 1905 Nr. 2 S. 112 spricht von einer Verschließungsstrafe.

[1]) Zu allgemein bejaht von Olshausen, Oppenhoff, Frank ad § 120, Stenglein, Zeitschrift 8, 106; vgl. Juristenzeitung 1905 Nr. 19 S. 884ff. A. M. Liszt S. 568; Meyer S. 664; John a. a. O.; Klemm S. 33.

[2]) Oben S. 11; Binding a. a. O. S. 584; Hofmann S. 30; E. XV, 39, E. XXXVII, 366.

[3]) Die Anstalt muß natürlich eine direkt oder indirekt staatliche sein.

[4]) Z. B. bei nicht gefährlichen Geisteskranken oder Kindern, deren Erziehung sich die Eltern aus Erwerbsrücksichten nicht widmen können: Kleinkinderbewahranstalten.

sächlichen Voraussetzung zur Haft, und die Gefangeneneigenschaft kann nicht behauptet werden s. auch oben S. 11.

d) Bei der einstweiligen Festnahme vorläufig Entlassener aus Gründen des öffentlichen Wohles gemäß § 25 Abs. 2 StGB.

4. Kriegshaft.[1]) Sie ist die physisch, nicht bloß durch Abnahme des Ehrenworts erzwungene Verhinderung bewaffneter Personen, sich ferner am Kampfe zu beteiligen.

---

[1]) E. XXXVII, 366.

II. Die Befreiung des Gefangenen.

§ 4.

I. Allgemeines.

a) Das Objekt des Verbrechens. Da der Haftbruch meist einen Angriff, weniger einen Widerstand voraussetzt, ist es nicht genau, wenn das Strafgesetzbuch die Befreiung unter den Widerstand gegen die Staatsgewalt subsumiert: vgl. Klemm S. 27. Jedenfalls ist unser Delikt Verletzung staatlicher Autorität,[1]) wie sie sich in dem an einer Person ausgeübten physischen Zwange manifestiert. Diesen beseitigt der Täter und verletzt so das staatliche Recht auf Haft als das Angriffsobjekt i. e. S.[2]) Nicht dagegen ist Objekt das durch die Haft gesicherte Recht oder Rechtsgut, vielmehr sind beide, dieses wie das Haftrecht, durchaus koordiniert und selbständige Angriffsobjekte, weshalb bei beider Verletzung der Fall der Idealkonkurrenz gegeben sein kann.

---

[1]) In dieser Allgemeinheit bei E. XXXIV, 8; Günther III S. 475; Gretener S. 148; Kohler, Studien I, S. 135; Holtzendorff III S. 142ff.

[2]) Dieses ist lange verkannt worden. Erst Binding Handb. I, 1885 S. 352 Anm. 8 spezialisiert die Staatsgewalt als Haftrecht. Ebenso spricht Oppenheim, Objekte des Verbrechens 1894 S. 351 von einem Rechte des Staates auf Behaltung der rechtmäßig in Haft befindlichen Personen. Ebenso Klemm a. a. O. S. 27.

Ebensowenig sind Objekt des Verbrechens „die vom Staate zur Durchsetzung seines Haftrechts getroffenen Einrichtungen und bestellten Organe oder beauftragten Personen“ (Klemm a. a. O. S. 27).

b) Der Täter. Wie sich kein Recht ohne Verbindlichkeit denken läßt, so entspricht dem Rechte auf Detention die Pflicht zu deren Duldung oder Anerkennung; dem Haftberechtigten korrespondiert der Haftverpflichtete, der Gefangene, der, wenn er sich jener Pflicht entzieht, widerrechtlich handelt, also ein Delikt begeht: vgl. Goldtammer 37, 172.

Nun schafft aber jenes staatliche Recht analog zivilen Rechtsverhältnissen gleichzeitig jedem Unbeteiligten die Pflicht, es zu achten und nicht widerrechtlich anzugreifen, d. h. den Gefangenen nicht zu befreien. Unbeteiligter in diesem Sinne sind der Hafthalter und jeder beliebige Dritte, der sogen. extraneus.

An sie alle wendet sich die eine Norm: Du sollst die Haft nicht lösen! aber die Person bestimmt die Erfüllungsmöglichkeit dieser einen Pflicht, mit anderen Worten: jeder der in Frage kommenden Täter handelt wider die eine, dieselbe Norm, keiner begeht gegenüber dem anderen ein delictum proprium,[1]) nur die Täter sind verschiedene, nicht ihre Taten.[2]) Ist auch die rechtliche Natur der Tat die gleiche, so ist doch die Schwere der Pflichtverletzung eine verschieden intensive, die zum Ausdruck kommen müßte in der für den einzelnen Täter bestehenden Strafsanktion.

Für den Gefangenen bedeutet jene Pflicht Mitwirkung an der Erhaltung des Haftzustandes durch Duldung des

---

[1]) vgl. auch Klemm S. 56.

[2]) Wichtig für die Beurteilung der Selbstbefreiung; s. § 6 A.

Zwanges. Als der eigentlich Haftverpflichtete verübt er durch Nichterfüllung den schwersten Angriff auf die Norm.

Die Pflicht des Hafthalters, das Haftrecht nicht zu beeinträchtigen, äußert sich positiv in der Haftverwirklichung durch Zwangsbetätigung, während von dem extraneus die bloße Unterlassung der Störung gefordert wird, sein Angriff also der weniger intensive ist.

So ergeben sich als Täter des Haftbruches: der Gefangene, der Hafthalter und der extraneus, die alle das eine Delikt, aber als verschieden qualifizierte Täter begehen. Danach führt es irre, von einer Selbstbefreiung zu reden, und es ist falsch, diese gar als delictum proprium aufzufassen, zu welchem Ergebnisse das Reichsgericht und der weitaus größte Teil der Literatur u. E. nicht ohne Verstoß gegen dogmatische Präzision und Gerechtigkeitsgefühl gekommen sind.

c) Die Tat. Sie ist Aufhebung der staatlichen Freiheitsentziehung mit der Wirkung, daß der Gefangene frei wird, und zeigt sich je nach Qualität des Täters als Überwindung oder Nichtausübung des Zwanges. Frei ist aber der Gefangene erst dann, das Delikt demnach vollendet, wenn alle die Haft im konkreten Falle bedingenden Merkmale vernichtet sind,[1]) wogegen nicht wesentlich ist, daß der Gefangene entkommen sei.[2]) Ob die Befreiung dauernd oder vorübergehend ist, ob sie geschieht mit Willen und unter Mitwirkung des Verhafteten

---

[1]) Er ist z. B. gefesselt in einer verschlossenen Zelle, die innerhalb hoher Gefängnismauern von einem Aufseher bewacht wird. Dann wird der Gefangene erst frei außerhalb der Mauern, während, solange auch nur noch eines der genannten Haftmittel wirkt, die Gefangenschaft weiter besteht.

[2]) Dann ist nur noch Begünstigung möglich.

oder ohne diese, außer bei der eigenen Befreiung, ist ohne Belang.

Der Angriff auf das Haftmittel vollzieht sich durch einfache Flucht oder Entführung, durch Gewalt oder widerrechtliche Willensbestimmung des Hafthalters wie Drohung oder Täuschung;[1]) schließlich durch Überwindung des realen Haftmittels.[2]) Nicht genügt bloße Selbsttäuschung des Hafthalters oder jede einfache auf Freilassung gerichtete Willensäußerung des Dritten.[3])

Die Tat ist vollendet, wenn nach Entfallen aller tatsächlichen Merkmale die Haft aufgehoben und auch nur die Möglichkeit freier Bewegung gegeben ist,[4]) nicht erst wenn der Gefangene entflohen und sicher geborgen ist.[5]) [6])

[1]) Durch die der Hafthalter zur Freigabe bestimmt wird; s. hierzu E. XXXIV, 8. Es liegt eine Art sogen. mittelbarer Täterschaft vor.

[2]) Ist das Mittel der Befreiung widerrechtlich, wie Gewalt, Nötigung, Bestechung, Körperverletzung, Sachbeschädigung, dann begeht der Täter doppelte Rechtsverletzung, so daß diese Verbrechen mit dem Haftbruche konkurrieren: es tötet z. B. jemand den Wächter, um den von ihm Bewachten zu befreien.

[3]) So E. XXXIV, 8, wonach das bloße wörtlich oder tätlich ausgesprochene Verlangen der Freigabe nicht ausreicht.

[4]) Das meint wohl auch Olshausen ad § 347: Die Befreiung ist noch nicht bewirkt, solange der Gefangene von der ihm gebotenen Möglichkeit des Entweichens keinen Gebrauch macht und auch sonst im Zustande der Gefangenschaft keine Änderung eingetreten ist.

[5]) E. XXV, 65 beurteilt nach der konkreten Sachlage. Hälschner a. a. O.: Wenn der obrigkeitlichen Gewalt entzogen; Frank ad § 120: Wenn die Gewalt der aufsichtführenden Person gebrochen ist oder der Gefangene sich außerhalb der Anstalt befindet; Goltdammer 37, 172: sobald die widerrechtliche Aufhebung der Gefangenschaft . . . herbeigeführt ist.

[6]) Vollendung liegt auch bei nur momentaner Entziehung vor, nicht nur Versuch, wie Hälschner a. a. O. annimmt.

Subjektiv wird das Verbrechen des Haftbruches bedingt durch bewußte Widerrechtlichkeit; dazu gehören die Kenntnis von der Gefangeneneigenschaft im Rechtssinne und das Wollen ihrer Beseitigung. Mangel der Widerrechtlichkeit oder des Vorsatzes — beim Hafthalter genügt Fahrlässigkeit — schließen den Haftbruch aus.

Jene fehlt im Falle der Notwehr gegen unrechtmäßige Detention: ihr darf der Gefangene sich entziehen, der Hafthalter darf sie lösen. Auch Putativnotwehr macht den Täter straffrei, nur muß er überzeugt sein von der Rechtswidrigkeit der Haft und nicht bloß Zweifel in deren Rechtmäßigkeit setzen. Der Vorsatz fordert Kenntnis von der Existenz des Haftrechts im einzelnen Falle; der Täter muß außerdem wissen, daß es ausgeübt wird von der berechtigten Person und muß die Aufhebung dieses so erkannten Zwangsverhältnisses wollen. Demgemäß ist, da es am Vorsatze gebricht, die subjektive Bedingung des Verbrechens nicht erfüllt, wenn der Täter an eine Privathaft, an die Unrechtmäßigkeit der Haft, an die Nichtberechtigung des Hafthalters glaubt oder er sich der tatsächlichen Gefangenschaft nicht bewußt ist[1]) oder überhaupt eine Befreiung gar nicht beabsichtigt.[2])

Nach alledem verstehen wir unter Gefangenenbefreiung oder besser Haftbruch: die schuldhafte Aufhebung der kraft staatlicher Zwangsgewalt bestehenden Freiheitsentziehung.

---

[1]) E. VII, 244.

[2]) Z. B. er will nur die Fesseln lösen und ruft dem Beamten zu: „Lassen Sie den Mann los, der geht von selbst mit!“

§ 5.

2. Geschichte des Haftbruchs.

Von dem Ergebnisse eines selbständigen, strafrechtlich geschützten Haftrechts mit seiner Verwirklichung in der Person des Gefangenen schlechthin führt uns die Geschichte des Delikts zurück auf den Spezialbegriff des Untersuchungs- und Strafgefangenen und bringt dessen Befreiung in engste Beziehung zu der von ihm begangenen Tat. Dies äußert sich einmal in der Bestimmung des Täters — nicht von jeher sind drei Täter bekannt — und sodann in der Strafsanktion, die entweder mit der Talion oder wenigstens mit einer Strafe droht, die sich nach der Schwere des vom Befreiten begangenen Verbrechens bemißt. So zeigt sich die Verselbständigung und damit die Geschichte der Gefangenenbefreiung in der Erweiterung des Gefangenen-, der Vervollständigung des Täterbegriffs und der Lösung von der durch den Verhafteten verletzten Norm, bis schließlich auch diese als eine Voraussetzung des Delikts nicht mehr gefordert, sondern durch das allgemeine Recht auf Detention ersetzt wird.

A. Das römische Recht.

Die hervorragende Bedeutung der Römer als eines Soldatenvolkes und der Mangel der eigentlichen Freiheitsstrafe[1]) im klassischen Rechte ließen die ersten speziellen Bestimmungen über eine Gefangenenbefreiung unter Hadrian lediglich für die milites aufkommen, wonach diese, falls sie die ihnen anvertraute custodia entkommen ließen, je nach dem Schuld-

[1]) vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht S. 963; Brackenhoeft S. 7; Wächter I § 99 Nr. 1 S. 170.

grade[1]) mit dem Tode, arbiträrer oder disziplinarer[2]) Strafe belegt wurden, während von einer Selbstbefreiung noch keine Rede ist.[3])

Wurde ein nichtmilitärischer Gefangener oder eine militärische custodia von einem Nichtsoldaten befreit, so konnte dies nur als crimen vis oder laesae maiestatis geahndet werden.

Gab es auch keine eigentlichen Strafgefangenen im Sinne der Freiheitsstrafe, so forderte doch die Befreiung der meist im carcer internierten Untersuchungsgefangenen und der zu Zwangsarbeit Verurteilten[4]) eine strafrechtliche Sühne. Hier beginnt die Entwicklung mit der Pönalisierung der Selbstbefreiung, der evasio, der eben genannten „condemnati", für die Hadrian in seinem Edikte einen nach der über den Flüchtling bereits verhängten Strafe bemessenen gradus poenarum aufstellte[5]): D. 48, 19 l. 28 § 14. Eingehender wird die Selbstbefreiung der Untersuchungsgefangenen — rei — und deren Entweichenlassen durch den Wächter behandelt.

[1]) D. 48, 3 l. 12 bei Zufall trat Straflosigkeit ein.

[2]) Im corpus iuris nicht geschieden von krimineller Strafe.

[3]) Erst später D. 48, 19 l. 38 § 11: miles qui dato gladio erupit: ihm droht die Todesstrafe. Ähnlich D. 49, 16 l. 13 § 5, 2, wonach die bloße Flucht aus dem carcer nicht als Desertion gilt, quia custodiae refuga: doch verfällt auch er der Todesstrafe, wenn er effracto carcere entflieht, mag er nun desertieren oder nicht. Jedenfalls wurde danach das einfache Entweichen ohne Fahnenflucht milder beurteilt, wahrscheinlich nur disziplinar geahndet.

[4]) Meist als custodia bezeichnet: D. 48, 19 l. 28 § 14. Sie waren zweifellos — infolge Fesselung oder Bewachung — Gefangene; vgl. D. 48, 19 l. 8 § 4: est poena quae adimat libertatem, dazu Mommsen a. a. O. Über die Zwangsarbeit vgl. D. 48, 19 l. 8 §§ 6, 7.

[5]) Dagegen stellt Binding S. 588 die Bestrafung der Selbstbefreiung, wenigstens des einzelnen Strafgefangenen in Zweifel.

a) Nach einem Reskripte[1]) der divi fratres stand Todesstrafe auf der nach Erbrechen des Gefängnisses vollführten Flucht, desgleichen wenn sie geschah zufolge einer Verschwörung der Mitgefangenen. Der Mangel einer Sanktion für die nicht qualifizierte Befreiung läßt vermuten, daß weniger die Flucht als solche, als vielmehr das Mittel — Gewalt und Meuterei — unter Strafe gestellt war. Dagegen dürfte auch der weitere Text der Stelle nicht sprechen: quodsi per negligentiam custodum evaserunt, levius puniendos, woraus ohne weiteres die Strafbarkeit einfacher Befreiung, u. E. mit Unrecht, gefolgert worden ist.[2]) Sollte nicht auch hier effractio carceris oder Meuterei vorliegen, aber mildere Strafe eintreten, weil sie durch die neglegentia der Wächter ermöglicht oder gefördert wurden?

Eine spätere Stelle — D. 48, 3 l. 13 — bestimmte, daß eine durch Meuterei verübte effractio auch dann bestraft werden sollte, wenn die Meuterer unschuldig in Untersuchungshaft saßen. Auch hier ist die Bestrafung lediglich wegen Meuterei augenscheinlich,[3])[4]) da der schuldlose Untersuchungsgefangene, wenn er einfach entwich, offenbar straflos blieb. D. 48, 3 l. 13 fordert weiter, es sollte über die Meuterei erst verhandelt und entschieden werden, wenn die causa, um derent-

---

[1]) D. 47, 18 l. 1 pr.

[2]) Männer wie Damhouder, Carpzov, Stryk; vgl. hierzu Hofmann S. 5; Brackenhoeft S. 11.

[3]) sola conspiratio: wer sie entdeckte, sollte verschont werden, aber nicht die anderen, woraus Rein, Das Kriminalrecht der Römer 1844 S. 762 auf die Bestrafung der versuchten Selbstbefreiung schließt.

[4]) Ähnlich Preußen 1851 § 96 Abs. 3: Die Strafe der Meuterei ist unabhängig von der Strafe des Verbrechens und wird unmittelbar nach dieser Strafe vollstreckt.

willen die Untersuchungshaft verhängt war, erledigt sei: amplius constituendum. Also getrennte Beweisaufnahme und Verurteilung! Danach liegt der Schluß nahe, daß bei einfacher Befreiung dies nicht gefordert, sondern gleichzeitig Beweis erhoben wurde, die Selbstbefreiung also lediglich als Straferhöhungsgrund bei der Strafzumessung für das Delikt, um deswillen der Gefangene in Untersuchungshaft saß, Berücksichtigung fand, bei innocentia des Flüchtlings jedoch, wie erwähnt, überhaupt straflos blieb.

b) Den nichtmilitärischen Hafthalter als Täter finden wir erst im 4. Jahrhundert,[1]) nachdem vielleicht schon vordem die Satzungen der milites analog angewendet worden waren. Ohne Scheidung von dolus und culpa wird der commentariensis oder bei dessen notwendiger Verhinderung der adiutor der sogen. Talion unterworfen, d. h. wie der Entwichene[2]) wegen des ihm zur Last gelegten Verbrechens[3]) bestraft.

Auffallend erscheint, daß dem römischen Recht der extraneus als Täter fremd geblieben ist. Wohl aber ist möglich, daß man ihn unter dem Gesichtspunkte des crimen vis belangte. Die vereinzelte Stelle D. 48, 4 l. 4 pr. ad. leg. Jul. mai. behandelt nicht die Befreiung überhaupt, sondern ist auf eine bestimmte causa criminalis gemünzt und wird, da von einem emittere die Rede ist, in erster Linie dem commentariensis gegolten haben.[4])

---

[1]) Cod. 9, 4 l. 4.

[2]) Die Stelle erwähnt nur Untersuchungsgefangene: si reus . . . fuerit elapsus.

[3]) Über die Bestrafung bei nicht gelungener Wiederfestnahme und deshalb unterbliebener Verurteilung des Flüchtlings schweigt die Stelle.

[4]) A. M. Hofmann S. 2; Rein a. a. O. S. 762ff.; wie oben: Klemm, Das Delikt der Gefangenenbefreiung, Greifswald 1904, S. 5.

Wichtig ist die zitierte Stelle für die Beurteilung des im römischen Recht aufgekommenen eigenartigen sogen. Talionsprinzips. Nach ihr haftet lege Julia, qui confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emiserit. Vorher wird der Landesverräter, namentlich wer die eigene Kriegsmacht schädigt oder der fremden Vorschub leistet, der lex Julia unterworfen, und nun soll gleich ihm bestraft werden, wer einen des Landesverrats Geständigen (confessum) hat entweichen lassen. Dieser spezielle Fall enthält den Kern zum Talionsprinzipe und wird für Cod. 9, 4 l. 4 vorbildlich gewesen sein.

Der Landesverräter oder später der Gefangene überhaupt, sowie sein Befreier haben, wie wir aus der beiden gleich geltenden Strafsanktion schließen, dieselbe Norm verletzt, der eine als Täter, der andere — so mag das Rechtsgefühl der Römer empfunden haben — als subsequenter Teilnehmer oder, was gleich erschien, als Begünstiger. Überträgt man diesen Gedanken auf die Selbstbefreiung, so mochte die einfache Flucht als Fortsetzung des bereits begangenen Verbrechens oder als Selbstbegünstigung erscheinen und wird deshalb ihre Sühne durch Straferhöhung gefunden haben.

Dies ist die Bedeutung der auffallend engen Beziehung zwischen der Tat des Gefangenen und der seines Befreiers, mit anderen Worten des Talionsprinzips. Das Gesagte entscheidet die Frage nach dem Objekte der römischen Gefangenenbefreiung: danach ist es nicht die potestas civitatis schlechthin, nicht die iudiciaria civitatis potestas,[1]) geschweige denn ein ius detentionis, unser modernes Haftrecht, nicht ist es die sanctitas publici loci[2]) — diese käme nur in Betracht

[1]) Brackenhoeft S. 7.

[2]) Farinacius, Praxis et theoricae criminalis libri duo 1597

bei der effractio carceris,[1]) nicht beim Entweichenlassen —, sondern allein das von dem Gefangenen durch seine Tat, die die Haft veranlaßte, angegriffene Recht oder Rechtsgut. Von einem Haftrechte zeigt sich nirgends eine Spur, entscheidend ist nur die causa der Haft, und zwar allein die causa criminalis mit Ausnahme bei vis oder conspiratio, die um ihrer selbst willen, nicht als Befreiung, geahndet werden.

Die uns geläufige Zivilhaft erschien dem Römer, obwohl ihm bekannt, nicht als öffentliches, kriminell zu schützendes Rechtsgut, ihre Aufhebung nicht als Angriff auf die Staatshoheit, sondern als Schädigung privater Rechte: so soll, wenn ein festgenommener fugitivus befreit wird, der Täter den Schaden ersetzen, si facultates habeat.[2]) Höchstens fragt Ulpian, was ihm näher lag: an is furti teneatur?[3]) Die Zivilhaft blieb ungeschützt und erfuhr auch keine analoge Schutzanwendung.

B. Das deutsche Recht bis zur Karolina.

Auch dem älteren deutschen Rechte ist die öffentliche Strafhaft fremd geblieben;[4]) dagegen kamen als Gefangene in Frage der auf handhafter Tat Festgenommene und der Angeklagte

---

p. 458: carceres Romanis sanctos fuisse. Strykius, ususmod. pand. 1717, 4 p. 656 nimmt deshalb auch Bestrafung bei causa civilis an.

[1]) Feuerbach, Lehrbuch 1832 § 194 verwirft mit Recht diesen Terminus für die Befreiung des Gefangenen; faßt man aber die effractio gegenüber der Befreiung als delictum proprium auf, so ist er zutreffend.

[2]) D. 48,3 l. 14 § 7.

[3]) D. 47,2 l. 52 § 12.

[4]) Dafür leibliche Strafen, Buße, Friedloserklärung; vgl. zu dem Folgenden Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 1901.

auf der Gerichtsstatt. Der sich der Festnahme widersetzende Täter konnte auf der Stelle getötet werden, während der nichterschienene Angeklagte nicht realiter zitiert wurde, sondern der Friedlos-, später der Achterklärung verfiel; den entwichenen Angeklagten traf das gleiche Los. Den Hauptfall der deutschrechtlichen Befreiung bildete die häufig wiederkehrende Entführung des Angeklagten von der Gerichtsstatt, weshalb im Gegensatz zum römischen Rechte der extraneus zum Grundtypus des deutschen Täterbegriffes wurde. Denn es lag im Wesen des deutschen Volksgerichtes, daß die Verwandten meist in großer Anzahl dem Festgenommenen — nicht unbewaffnet — vor Gericht folgten und ihn von hier mit Gewalt zu befreien suchten.[1])[2])

Da die Einschränkung der Zahl der Zugelassenen und das Verbot des Waffentragens nur wenig Abhilfe schafften, machte sich strafrechtliche Verfolgung notwendig. Wir finden sie:

1. Im Sachsenspiegel III, 9 § 5: Swilch man einen beklagten man umbe ungerichte gewaldeclîche dem gerichte entvuret, wirt hergefangen mit geruchte, her sal gliche pîne jeme liden. Täter ist hier der extraneus, Gefangener aber nur der um eines schweren Verbrechens willen Verklagte oder Verurteilte.[3]) Dieser Gesichtspunkt fehlte im römischen Recht. Der Entführung ist Anwendung von Gewalt wesentlich, die Strafe entsprechend dem römischen Talionsprinzipe

---

[1]) s. Osenbrüggen, Das alam. Strafrecht im deutschen Mittelalter 1860 S. 177.

[2]) Also ein echtes Prozeßdelikt, vielfach als Gerichtsunterwindung bezeichnet.

[3]) Carpzov, Practica nova 1758, I qu 35 N. 44: . . . sufficit, si carceratus sit accusatus, licet nondum condemnatus.

die über den Befreiten verhängte Strafe,[1]) womit auch das deutsche Recht die Befreiung mit der Tat des Gefangenen in Beziehung bringt, nur muß diese ungericht, nicht bloßer Frevel sein. Bedeutet dies auch eine Verengung des Tatbegriffs gegenüber den römischen Bestimmungen und fehlt auch der Gefangene im Täterbegriffe, so war doch die Befreiung durch den Dritten geschaffen worden, dem der Hafthalter bald folgte.

2. Mit wesentlich gleicher Struktur im Schwabenspiegel a. 219, nur soll der Täter der schulde ledic sein,[2]) wenn er den Gefangenen zurückbringt, haftet jedoch dem Richter für verübte Gewalt. Denn diese konnte nicht rückgängig gemacht werden, während die Rückgabe des Gefangenen einem rudimentären Rechtsgefühle als eine Ausgleichung mit der vor der Befreiung bestehenden Rechtslage erscheinen mochte.[3])

3. Im kleinsten Kaiserrechte oder Landrechtsbuche des Schwabenspiegels cap. XXVIII,[4]) wo jener Gedanke der Restitution wiederkehrt und der Hafthalter als Täter auf-

---

[1]) Ähnlich findet sich dieser raptus reorum: Deutschen Spiegel c. 213, Hamburg 1270, Görlitz 1304 a. 115, Wormser Ref. VI 2, 18 § 2 usw., sämtlich zitiert bei Brackenhoeft S. 15.

[2]) Findet sich später noch bei Carpzov a. a. O. III qu. 111 und 114 für den Landsknecht, ferner analog für den Gefangenen: III qu. 111 und 96, wo der animus redeundi als Milderungsgrund genannt wird. Im modernen Rechte s. Code pénal a. 247.

[3]) Osenbrüggen, Die Talion im altdeutschen Rechte (Zeitschr. f. d. d. Recht u. Rechtswissenschaft von Beseler usw. XVIII S. 194), vergleicht die Haftung nach dem Talionsprinzipe mit der eines Bürgen. Entkommt der Gefangene, so haftet der Befreier durch Dulden der gleichen Strafe für den gleichsam nicht leistenden Gefangenen.

[4]) Bei Zoepfl, Altertümer des deutschen Reichs und Rechts II S. 429; s. auch die bei Brackenhoeft S. 15 zitierten Gesetze.

taucht: Ab eim ein gefangen leut entrinnen und sy ym befolenn werden, der yr zu rechte huten soll und will sych yr underwinden[1]): dann soll er ihn suchen und soll sy vahenn ab er mag. Ergreift er ihn nicht wieder, so soll er alle den schaden und ale dy busse leiden, die yener soll geliden han, während er im Rückbringungsfalle straflos bleibt.

Vielseitiger ist das spätere alamannische Recht im Freiburger Stadtrechte von 1520: p. XCVII, 1: Welcher unsern dienern einichen gefangen abdränge oder sy daran verhinderte, so sy den fahen wölten, desglichen die gefangen usser unser Statt thürmen und gevenkunss, on unser wissen und willen erledigte, der sal in haftung, band und schuld stan in allermass wie der gefangen gestanden ist und darzu umb zehen pfund pfennig gestraft und gebüsset werden. Hier ist das Delikt erweitert durch die Befreiung aus der Hand der Wächter wie aus dem Gefängnisse, zudem ist das reine Talionsprinzip aufgegeben durch Zuerkennung der Zusatzstrafe von 10 Pfund.

Nach dieser Betrachtung kommen wir zu dem Ergebnisse, daß das ältere deutsche Recht als Hauptfall der Gefangenenbefreiung die Tat des Dritten statuiert, daneben das Entweichenlassen durch den Hafthalter bestraft, aber eine kriminell zu sühnende Selbstbefreiung nicht kennt.[2])

---

[1]) Gerichtsunterwindung: vgl. S. 31 Anm. 2; dann Bamberger Recht § 131, bei Zoepfl a. a. O. S. 125.

[2]) Von der singulären und wie im römischen Rechte sehr harten Beurteilung der Freilassung durch Soldaten zeigt der Artikel auf die Teutsche Knecht von 1570, Punkt 203 a. E.: „Es soll auch niemand einigen Gefangenen von sich kommen lassen, ohne Zugeben des Obersten bei Leibes Straff", zitiert bei Emminghaus, Corpus iuris Germanici 1844 S. 382.

C. Die Karolina und die folgende Zeit.

Da die Karolina den extraneus als Täter im deutschen Rechte bereits vorfand, nahm sie unter dem Einflusse der Rezeption des römischen Rechtes dessen Grundtypus der Befreiung, das Entweichenlassen durch den commentariensis, auf und schuf als Ergebnis den a. 180:

So eyn hütter der peinlichen gefengknuss eynem gefangen ausshilfft.

Item so eyn hütter der p. g. einem der peinlich straff verwirkt hat, aushilfft, der hat dieselbig peinlich straff anstatt des übelthätters, den er also ausgelassen, verwirkt. Kem aber der gefangen durch bemelts hütters unfleiss aus gef., solcher unfleiss ist nach gestalt der sachen und radt so an den orten, als hernach gemelt wirdet, zu straffen.

Das deutsch-rechtliche Element hierin ist unverkennbar: denn gefordert wird wie im Sachsenspiegel ein Gefangener, der peinliche Strafe verwirkt hat, während das römische Recht diese Einschränkung nicht macht, allerdings auch nur von Untersuchungsgefangenen [1]) spricht. Dem dolosen Hüter [2]) droht die Talion, bei unfleiss erwartet ihn eine in das Ermessen des Richters gestellte Strafe. Übergangen sind der adiutor und der extraneus, desgleichen die Selbstbefreiung.

Zu den beiden gesetzlich anerkannten Tätern des Delikts, dem deutschen extraneus und dem römischen commentariensis, gesellte das Gewohnheitsrecht unter dem Drucke der Rezeption den Gefangenen und bürgerte dessen Bestrafung mit der poena arbitraria bei einfacher und der Todestrafe bei

---

[1]) Sie fallen mit unter a. 180; vgl. hierzu oben S. 31 Anm. 3.

[2]) Die Karolina hält an dem eigentlichen Gefängnisbeamten fest. Für Soldaten galt römisches Recht.

gewaltsamer Selbstbefreiung oder Meuterei ein.[1]) Jene stützte sich auf D. 47, 18 pr., nicht auf den gradus poenarum in D. 48, 19 l. 28 § 14, da nur dort eine effractio carceris vorlag, während man die nur unter Aufsicht stehenden Zwangsarbeiter nicht als Gefangene ansah. So strafte man die einfache Flucht mit einer leichten, in das Ermessen des Richters gestellten, wahrscheinlich aber disziplinaren Strafe, bis schließlich auch die Todesstrafe[2]) usu fori außer Anwendung kam[3]) und nur bei einem Kapitalverbrechen des Gefangenen verblieb, im übrigen aber der poena arbitraria das Feld räumte.

Die gewaltsame Befreiung durch Dritte wurde vielfach unter das erst mit der Talion,[4]) dann mit der poena arbitraria bedrohte crimen fractae pacis subsumiert, doch war es dem Richter anheimgegeben, ob er mit der poena gladii der effractio carceris oder der nach sächsischem Recht geltenden

---

[1]) Böhmer, Meditationes ad Carolinam a. 180 § 5: ex iure R. supplere solet, quo nobis quidem suis etiam temporibus fugam e carcere e iure Romano punitam esse videtur concedere. Vgl. auch Wächter, Lehrbuch 1825 S. 501 a. E.; Feuerbach, Lehrbuch 1832 § 197; Brackenhoeft S. 16.

[2]) Carpzov III qu. 111, Nr. 93 entscheidet den Streit, ob bürgerlicher oder leiblicher Tod gemeint sei, zugunsten des letzteren.

[3]) Carpzov III qu. 111 Nr. 94ff.: Dafür als härteste Strafe die fustigatio, als mildere Strafen relegatio, poena carceris und multa arbitraria, wenn negligentia custodum oder auxilium aliorum vorlagen oder der Gefangene iniuste carceratus war oder quod animum redeundi habuit. Auch seine Beihilfe zur Befreiung durch Dritte war strafbar: a. a. O. Nr. 97; vgl. weiter Brackenhoeft S. 18 und v. Schwarze, Jahrbuch f. sächs. Recht 4, 415.

[4]) Carpzov I qu. 35 n. 39, 40.

Talion bestrafen wollte.[1]) Wie er für den extraneus die arbiträre Strafe verteidigte, so empfahl sie Carpzov auch für den Hafthalter: a. a. O. III qu. 111 u. 103, 104: rectissime arbitrio iudicis relinquituu, qua poena pro modo culpae vel doli custodes affici velit.[2])

Unter dem hervorragenden Einflusse der Literatur und Praxis blieb der Sieg der poena arbitraria über das Talionsprinzip und demzufolge eine Lockerung der Beziehungen zwischen Tat des Gefangenen und des Befreiers unvermeidlich. Damit verknüpft sich die beginnende Verselbständigung unseres Deliktes; noch aber kennt es nicht den Gefangenen im Sinne des Haftrechts, sondern beansprucht nur den Strafgefangenen — den aus einer causa criminalis Verhafteten — für sich.

D. Die Weiterbildung im 18. und 19. Jahrhundert.

Das 18. Jahrhundert begründete unter der entscheidenden Autorität Böhmers die Herrschaft der poena arbitraria, zuletzt für das dolose Entweichenlassen durch den Wächter, auf Kosten des mehr und mehr schwindenden Talionsprinzips[3]) und brachte, wesentlich beeinflußt durch die italienische Jurisprudenz,[4]) mit der humanen Bestrafung der Befreiung

[1]) Ebenda n. 45: in arbitrio igitur iudicis est, an effractores carceris secundum constitutionem pacis publicae poena gladii usw. — A. a. O. III qu. 111 n. 84—87 entscheidet sich Carpzov mit Farinacius (poenam fracti carceris esse arbitrariam) gegen die Talion für eine arbiträre Bestrafung.

[2]) Nr. 105: dolus, culpa, inscius fugae non impediverit etc.

[3]) Es findet sich nach Liszt a. a. O. noch 1582 in Kurpfalz, 1603 in Hamburg, 1685 in Preußen. Seine Anwendung bei der Selbstbefreiung wird noch vorgeschrieben von der Constitutio criminalis Theresiana 1768, II a. LXXI § 3.

[4]) Hierüber bei Hofmann S. 16 ff.

im allgemeinen die Straflosigseit der Selbstbefreiung, deren Deliktsnatur einfach geleugnet wurde.[1]) Ja Böhmer ging so weit, daß er dieses Privileg auch auf das an sich strafbare Mittel der Flucht ausdehnte;[2]) denn der Gefangene tue, quad communis natura humana omnes impellit: man könne nicht verlangen, daß sich der Gefangene um des öffentlichen Wohles willen halten und strafen lasse.[3])

Indem man die Höhe der Strafe in richterliches Ermessen stellte, vermied man die Härten der Talion und umging die Schwierigkeiten der Straffestsetzung bei Anwendung jenes Prinzips, gleichwohl blieben die Beziehungen beider Strafen zueinander bestehen insofern, als die des Befreiers auf Grund der von Böhmer aufgestellten Strafzumessungsgründe nach der Schwere des vom Gefangenen verübten Verbrechens ausgeworfen wurde. Dabei suchte Böhmer nach einem besonderen Angriffsobjekte der Befreiung und erklärte das Delikt des extraneus für einen gemeingefährlichen Angriff auf die disciplina publica,[4]) während das Entweichenlassen durch den Hafthalter allgemein als Amtspflichtverletzung betrachtet wurde; die Selbstbefreiung aber war seines Erachtens kein widerrechtliches Tun.

Diese Auffassung der eignen Befreiung des Gefangenen als eines von der Tat des Beamten und des extraneus recht-

---

[1]) Böhmer, med. 877, 78: omnino non esse iniuriam, ferner elem. iurisprud. crim. 1757 § 361 S. 475.

[2]) med. 877: si finem pertingere licet, quis media necessaria impugnabit?

[3]) d. h. nur kriminell, nicht ausgeschlossen ist disziplinare Bestrafung.

[4]) med. 873. Crimen vis publica nach Cod. iur. bavar. crim. 1751 cap. VIII § 6: inhaftierte aus den gefengknussen oder gerichtlichen händen entrissen.

lich qualitativ verschiedenen Handelns hat, zumal sie ohne Widerspruch aufgenommen wurde und noch heute in Rechtsprechung und Literatur herrschend ist, der Entwicklung des Deliktes nur wenig gedient, während der Versuch zur Bestimmung eines Angriffsobjektes ihm zur Lösung von der Tat des Befreiten mitverhalf.

So hielten zwar auch die Lehrer des beginnenden 19. Jahrhunderts an der Selbstbefreiung als einem factum proprium fest, bekämpften aber Böhmers Lehre, daß sie kein Delikt sei, mit Anerkennung einer dem Rechte auf Detention korrespondierenden Pflicht, sich festhalten zu lassen,[1]) während sie die Straflosigkeit der einfachen Selbstbefreiung befürworteten,[2]) und nur, wenn ein Verbrechen oder Fluchtverdacht während des Prozesses den Haftgrund bildete, sollte, je nachdem das Entweichen mittels Komplott, Gewalt oder ohne diese geschah, die Todesstrafe bezw. eine poena arbitraria Platz greifen.[3])

Noch war der Tatbegriff der Gefangenenbefreiung an den criminis causa Verhafteten gebunden und erzeugte die Befreiung des Schuldgefangenen nur einen zivilen Anspruch,[4]) wo man ihr nicht per analogiam strafrechtlichen Schutz gewährte.[5])

Der Gesetzgebung blieb es vorbehalten, das Recht auf Detention zu verallgemeinern[6]) — ohne Rücksicht auf die

---

[1]) Wächter 1826 S. 497; Kappler 1838 S. 511 ff.

[2]) Feuerbach 1832 § 194.

[3]) s. Anm. 2.

[4]) Feuerbach a. a. O. § 194.

[5]) Wächter a. a. O. S. 481. So schon im ital. Recht des 16. u. 17. Jahrh., das eine abitraria poena pecuniaria gewährte.

[6]) So findet sich die Befreiung aus der Zivilhaft, dem Arbeitshause usw.

causa —, sowie den Qualifikationsgrad der vis unter dem Gesichtspunkte des strafbaren Mittels als delictum proprium von dem Haftbruche zu trennen[1]) und damit die Möglichkeit einer Verbrechenskonkurrenz zu schaffen, während das erschwerende Moment der conspiratio, zumal im Falle eines Ausbruches, als ein trauriger Überrest sich in unsere Gesetzgebung herübergerettet hat.

Die folgende Darstellung will unter Übergehung von Einzelheiten nur die Hauptgesichtspunkte der Entwicklung unseres Deliktes in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts kennzeichnen.

a) Zwar ist die Talion aufgegeben, aber ihre Spuren lassen sich noch verfolgen an der Strafzumessung, die durch eine causa criminalis,[2]) durch die Schwere[3]) des vom Gefangenen verübten Verbrechens[4]) und der über ihn verhängten Strafe wesentlich bestimmt wird. Dabei wird die Befreiung eines Strafgefangenen — war sie doch gleichzeitig eine Begünstigung — mit dieser in engste Beziehung gebracht[5]) und deren Privilegierungsgrund, nahe Verwandtschaft des Täters mit dem Begünstigten, auf den Haftbruch übertragen.[6])

b) Das Haftrecht schafft sich Geltung in der Erweiterung des rechtlichen Gefangenenbegriffs, sei es daß das Gesetz

[1]) vgl. hierzu ALR. Tit. 20 § 162, wonach bei gewaltsamer Befreiung die Strafe schon verwirkt ist mit Erbrechung des Gefängnisses, nicht erst, wenn der Gefangene frei ist.

[2]) Sachsen 1868: a. 152 Abs. 2.

[3]) ALR. Tit. 20 § 161; ähnlich Code pénal a. 238; Sachsen 1838: a. 109.

[4]) ALR. Tit. 20 § 163: z. B. Hochverrat.

[5]) Bayern 1861: a. 142; insofern nicht die Tat den über die Begünstigung bestehenden Vorschriften einer schwereren Strafe unterliegt.

[6]) Hannover 1825 a. 170; Württemberg 1839 a. 180; Norwegen 1832 cap. 9 § 20; Sachsen 1868 a. 154.

die zu schützenden Fälle der Haft kasuistisch aufzählt[1]) oder gar eine Definition zu geben sucht.[2])

c) Dagegen hat die Ausdehnung des Hafthalterbegriffs, soweit sie einen Beamten angeht, ihr Ziel weit überschritten. Aus dem commentariensis oder hütter wird die Gerichtsperson oder eine öffentliche Person,[3]) die schließlich in dem Beamten überhaupt aufgeht.[4]) Dazu taucht in Sachsen 1838 a. 152 der private Hafthalter auf,[5]) der dem Beamten ohne Rücksicht auf dessen Zuständigkeit gegenübertritt, während der Begriff des beamteten Hafthalters dogmatisch richtig auf den Hafthalter kraft Amtes zu beschränken ist.

d) Die Befreiung mit verbotenen Mitteln,[6]) die zunächst als Strafschärfungsgründe aufgezählt werden,[7]) wird als delictum proprium[8]) aus dem Tatbegriffe des Haftbruches verwiesen und

---

[1]) ALR. Tit. 20 § 114: Kriegsgefangene Bayern 1813 a. 418; Arbeitshäusler, a. 328: Gefangene, die zur Strafe oder Sicherung der Freiheit beraubt sind; Norwegen c. 9 § 19: Schuldgefangene; Hessen 1841.

[2]) ALR. Tit. 20 § 160 b: Personen, die gefänglich eingezogen sind, vor allem Sachsen 1868 a. 154 b.

[3]) Z. B. Bayern 1813, 1838 a. 329, 419.

[4]) Hessen 1841 a. 199; Oldenburg 1858 a. 299; Preußen 1851 § 322, StGB. § 347.

[5]) Hessen 1841 a. 199; Oldenburg a. 92, 299; Preußen 1851 § 95, StGB. § 121.

[6]) Von der Meuterei abgesehen!

[7]) Bayern 1822 a. 146: List und Bestechung; Hannover 1825; Württemberg 1835; Sachsen 1868 a. 153.

[8]) Bayern 1813 a. 330; preuß. Entwurf von 1843; Oldenburg 1814 a. 335 vgl. Anm. zu a. 330 Bayern 1814, 1838 nach den Protokollen des kgl. Geheimen Rats München: Bewirkt der Gefangene seine Befreiung durch Gewalt an Personen oder durch ein anderes Verbrechen oder Vergehen, so wird er nicht wegen der Selbstbefreiung, sondern wegen des be-

durch diese Läuterung der Erkenntnis der Gefangenenbefreiung als Verletzung eines staatlichen Haftrechts durch Aufhebung des Zwangsverhältnisses der Weg gebahnt. Über jene Separation sagt Brackenhoeft S. 20: Non ipsa fuga e carcere, sed nil aliud potius punitur nisi hoc illudve crimen ad efficiendam fugam e carcere commissum, quod quidem proprius suo loco propositis poenis animadvertendum est.[1])

Die einfache Selbstbefreiung ist nach den meisten Gesetzen sei es stillschweigend oder ausdrücklich[2]) keiner Strafe unterworfen, die Anwendung von Gewalt erscheint teils als Qualifikationsmoment[3]) teils als delictum proprium, und dies zwar hier und da expressis verbis,[4]) ohne daß eine disziplinare Bestrafung für die fuga simplex ausgeschlossen wird; ja manche Gesetze haben sie sogar in ihre Strafsanktion aufgenommen;[5]) doch ließ man jenes Privileg nicht übergreifen auf die Teilnahme Dritter an dem vom Gefangenen selbst begangenen Haftbruche, sondern machte sie durch besondere Strafdrohung zu einem selbständigen Vergehen.[6])

---

gangenen Verbrechens oder Vergehens mit der dadurch verwirkten Strafe belegt; zitiert bei Hofmann S. 55 Anm. 1.

[1]) vgl. noch Code a. 245: Le tout sans préjudice de plus fortes peines.

[2]) Sachsen 1868 a. 152, Hessen 1841 a. 200; Hannover 1840 a. 172; Bayern 1822 a. 148 u. a. stillschweigend Preußen 1851, ihm folgend StGB.

[3]) Bayern 1861 a. 143, Sachsen 1855 a. 153.

[4]) Bayern 1813 a. 330; Hannover 1840 a. 172; Württemberg 1829 a. 171; s. S. 40 Anm. 8.

[5]) Sachsen 1855 a. 152; Hannover 1840 a. 170 Abs. 2; Hessen a. 200 Abs. 1.

[6]) Die preuß. Entwürfe von 1830 bis 1843; ALR. a. 160b; Niederlande 1827 a. 167 Baden 1851 § 632; Sachsen 1868 a 152 Abs. 2; nicht Sachsen 1838 und Preußen 1851, wohl aber wieder StGB.

Indessen hat es an Stimmen für die Strafbarkeit einfacher Selbstbefreiung nicht gefehlt und fehlt es daran auch heute nicht. So treten für sie ein die preuß. Diebstahlsnovelle von 1799 samt den Entwürfen bis 1843, dann Brackenhoeft S. 28 [1]) und neuerdings Krä wel, Gerichtssaal 1882 S. 505. [2]) [3]).

e) Als Ergebnis der dargestellten Entwicklung hat unser Strafgesetzbuch die Selbstbefreiung implicite straflos gelassen, die Beihilfe zu ihr aber zum delictum proprium erhoben, hat ferner die qualifizierte Selbstbefreiung bis auf den meuterischen Ausbruch aufgegeben und als beamteten Hafthalter den Beamten im allgemeinen übernommen; eine Definition des Gefangenen wird nicht gegeben, wohl aber die Haft, die aufgehoben wird, in pleonastisch-kasuistischer Weise zu bestimmen gesucht.

Daß diese Behandlung der Gefangenenbefreiung nicht dem allgemeinen Gesichtspunkte des Haftrechts und der Identität der von allen drei Tätern verletzten Norm, wie wir ihn für dogmatisch richtig und historisch begründet erachten, entspricht, soll die Kritik in der folgenden Darstellung zu zeigen versuchen.

---

[1]) ne praenuntiata impunitate ad fugam pelliciantur.

[2]) Um den sich bei der Teilnahme des Gefangenen an seiner Befreiung durch Dritte ergebenden Schwierigkeiten zu entgehen.

[3]) Es bestrafen: Rußland (Hofmann S. 59), Japan (Vorentwurf zu einem StGB. f. d. kaiserl. jap. Reich 1899 a. 124, übersetzt von Okada); Portugal a. 191, 196 bestraft die Selbstbefreiung kriminell nach rechtskräftiger Verurteilung. Soviel uns bekannt, bestraft auch England.

§ 6.

3. Das geltende Recht.

A. Der Angriff des Gefangenen.

Er ist entweder Täterschaft oder Teilnahme an der Befreiung durch den Hafthalter oder den extraneus, sei es daß der Gefangene hierzu anstiftet oder Beihilfe leistet.

Das Gesetz läßt den Gefangenen, der sich selbst befreit, infolge Nichterwähnung straflos,[1]) indem es aber die Beihilfe eines Dritten hierzu ausdrücklich mit Strafe bedroht und so zum crimen proprium macht, erkennt es die Tat des Gefangenen als ein selbständiges Delikt an, an dem eine Teilnahme mangels einer strafbaren Handlung hätte straflos bleiben müssen; so erklärt sich die Strafsanktion der Beihilfe zur Selbstbefreiung, während die Anstiftung vergessen worden ist.

Danach hat man die Tat des Gefangenen als eine straflose Handlung von der Tat der übrigen als einer strafbaren Handlung geschieden und so ein der letzteren gegenüber selbständiges Delikt der Selbstbefreiung konstruiert. Die Folge dieses Irrtums ist, daß man sowohl Anstiftung wie Beihilfe durch den Gefangenen zu seiner Befreiung durch andere für strafbar erklärt. Wie dieses Ergebnis der materiellen Gerechtigkeit ins Gesicht schlägt, zeigt die nicht wenige Anhänger zählende Reichsgerichtsentscheidung III 140:[2]) Strafbar seien die Handlungen des Gefangenen, durch die er Ursache der

---

[1]) § 120: In den Worten „Wer einen Gefangenen . . . .“ ist dieser nicht mit Subjekt. Disziplinare Bestrafung möglich. — Kriminell strafbar nach MStGB. § 79.

[2]) Arch. E. IV, 60: Teilnahme eines Verbrechers an seiner Begünstigung.

verbrecherischen Tätigkeit eines anderen geworden. Hiernach greife § 48 ein. Der Gefangene, der eine andere Person anstifte, ihn zu befreien oder zur Selbstbefreiung behilflich zu sein, sei dadurch nicht strafloser Teilnehmer einer für ihn straflosen Handlung, sondern begehe mittels Anstiftung eine von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene Handlung. Er werde Ursache einer selbständigen Straftat einer anderen Person, nämlich des Vergehens des § 120 StGB. [1])

Abgesehen davon, daß sich das Rechtsgefühl dagegen sträubt, einen Gefangenen, der, wenn er sich selbst befreit, straflos bleibt, dann bestrafen zu wollen, wenn er eine dritte Person hierzu nur anstiftet oder unterstützt, pönalisiert jene Entscheidung entgegen StGB. §§ 48, 49 die Teilnahme um ihrer selbst willen, nicht als Angriff auf die vom Täter verletzte Norm.

Dieser Standpunkt des höchsten Gerichtshofes hat denn auch lebhaften Widerspruch erweckt und wird bekämpft von:

a) Herzog, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 3, 180: Die Anstiftung sei mittelbare Übertretung des vom Angestifteten übertretenen Gesetzes; der Gefangene begeht mittels Anstiftung straflose Selbstbefreiung [2]). Ferner Gerichtssaal 1882 S. 81: ebenso habe der zu seiner Befreiung helfende Gefangene

[1]) So auch Beling, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 18, 271 ff., weil der Gefangene den Täter in Schuld und Strafe geführt habe. Ferner Olshausen, Rüdorff-Stenglein, Oppenhoff ad. § 120; Hälschner II, 960 ff.; Goltdammer 37, 172 Anm. 8; Hofmann S. 59: de lege lata bestehe kein springender Grund für die Straflosigkeit der Anstiftung und Beihilfe; er verlangt deshalb ausdrückliche Normierung der Straflosigkeit der Selbstbefreiung und Teilnahme des Gefangenen.

[2]) Wohl cum grano salis zu verstehen. Vgl. hierzu Hälschner II S. 960 Anm. 2 und Berner, Lehrbuch S. 395: man befreit sich doch nicht durch einen anderen.

nur seine Befreiung im Auge. Die Willensrichtung gehe auf Selbstbefreiung. Die Selbstbefreiung als Zweck sei erlaubt,[1]) die Anstiftung durch den Gefangenen als solche nicht strafbar.

Herzog betont mit Recht, daß der Wille des Gefangenen auch bei der Teilnahme der seiner Befreiung sei und daß wenn er betätigt wird, sich gegen das vom Täter verletzte Rechtsgut, das ist das Haftrecht, richte.

b) Binding, Handbuch 1885 I S. 361: gestützt auf die von ihm behauptete Subsidiarität der Anstifter- und Gehilfenstrafe gegenüber der Täterstrafe; danach ist der Teilnehmer dann nicht strafbar, wenn er es schon als Täter nicht ist. Demzufolge sagt Binding, Lehrb. II S. 791: Verantwortlich kann ihn nur machen, wer verkennt, daß Mittäterschaft mehr ist als Anstiftung und Beihilfe und wem die Subsidiarität der Anstifter- und Gehilfen- zur Täterstrafe noch nicht aufgegangen ist.[2]) Zur Begründung dieser Subsidiaritätslehre führt

c) Freudenthal — Die notwendige Teilnahme am Verbrechen S. 78, Breslau 1901, in Belings strafrechtlichen Abhandlungen — aus: in der erfolgreichen Tätigkeit des Anstifters oder Gehilfen liege eine Gefährdung des vom Täter verletzten Rechtsgutes; das Gefährdungsgesetz sei aber dem Verletzungsgesetze subsidiär, greife also nur Platz, wo dieses als ein plus nicht erfüllt ist. Dieses Verhältnis der schwereren zur leichteren Angriffshandlung bestehe zwischen den gewisse Verbrechensformen betreffenden Strafgesetzen und sei bei den Beteiligungsformen auf Grund ihrer akzessorischen Gestaltung gemäß StGB. §§ 48, 49 gegeben.

---

[1]) Sicher aber unrechtmäßig.

[2]) Olshausen § 120 Nr. 7 lehnt hier mit u. E. nicht überzeugender Begründung die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips ab.

Aus dieser Lehre in ihrer Anwendung auf die Gefangenenbefreiung — Binding, Lehrb. II S. 591 und Freudenthal a. a. O. S. 119 — ergibt sich für uns:

1. Die von den drei Tätern angegriffene Norm ist dieselbe,

2. der nur teilnehmende Gefangene bleibt straflos, weil er es als Täter ist.[1])

Wie aber, wenn der Gefangene Täter ist und ein Dritter nur teilnimmt? Ist hier nur die Beihilfe kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung strafbar, oder ist es auch die Anstiftung? Und wiederum bereitet die Straflosigkeit des Gefangenen, der sich selbst befreit, Schwierigkeiten.

Unseres Erachtens liegt die Entscheidung sowohl für den schon behandelten teilnehmenden Gefangenen wie den teilnehmenden Dritten in der Beantwortung der Frage nach der Bedeutung der Gefangeneneigenschaft für die Strafsanktion des Haftbruches überhaupt.

Für das heutige Recht ist die Straflosigkeit des Gefangenen weder eine gesetzestechnische noch eine philosophisch zu erklärende Notwendigkeit, sondern lediglich ein überkommenes, ein historisches Produkt; auf diese lex nata und die Übereinstimmung mit ausländischen Gesetzen stützt Hofmann S. 49 die Berechtigung der Straflosigkeit, wir finden sie

---

[1]) Es sind ferner für Straflosigkeit: Geyer, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss. 2, 315 und Lehrb. S. 144; Goltdammer 19, 676; Berner S. 393; Merkel S. 394; Kohler a. a. O. S. 135; v. Schwarze ad § 120; Kries, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss. 7, 536; Frank § 120; Liszt § 52 V,2; Meyer S. 230 Anm. 49; Heinze, Zeitschr. f. Rechtspflege u. verw. neue Folge XV S. 3: Grenzlinien für die Strafbarkeit der unvollkommenen Verbrechensformen: „Die anstiftende Tätigkeit ist eine selbständige, aber der Schwerpunkt des Verbrechens ruht nicht in dieser, sondern in der angestifteten Handlung."

historisch noch begründet darin, daß die Entwicklung des Delikts vom Strafgefangenen ausging und dessen Selbstbefreiung gleichsam als Fortsetzung des verübten Verbrechens oder als straffreie Selbstbegünstigung aufgefaßt wurde. Es steht nicht in Frage, ob der Gefangene ein Delikt begeht oder nicht und wenn ja, ob er zu strafen sei oder nicht, vielmehr gilt heute: Der Gefangene begeht kein delictum proprium gegenüber der Gefangenenbefreiung überhaupt, sondern verletzt das Haftrecht und macht sich des Haftbruches schuldig wie der Hafthalter und wie der extraneus. Der Tatbegriff ist einer und unteilbar, nur der Täterbegriff ist ein dreifach verschiedener und bedingt hiermit rein persönliche, allein für die Pönalisierung relevante Momente, und wenn nun unser Gesetz dem Gefangenen stillschweigend Straflosigkeit zusichert, so gewährt es ihm in seiner Gefangeneneigenschaft ein Privileg[1]) der Strafausschließung, das nur ihm sei es als Täter oder Teilnehmer zugute kommt. Danach ist die Selbstbefreiung nichts als ein Haftbruch mit privilegiertem Täter, dessen schuldhaftes Handeln mit Rücksicht auf seine persönliche Unfreiheit, seine Gefangeneneigenschaft, straflos bleibt, während jeder Dritte — Täter oder Teilnehmer —, da jenes rein persönliche Moment bei ihm nicht vorliegt, straffällig wird.

Damit deckt sich nicht der Standpunkt des Gesetzes: denn nach ihm sind in § 50 persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, die die Strafbarkeit erhöhen oder *vermindern* — also nicht *ausschließen* —, dem Täter oder Teilnehmer zuzurechnen, bei dem sie vorliegen, und zwar — mit *Binding*, Grundriß S. 142 — auch wenn sie beim Täter fehlen. Daß nun derartige Eigenschaften im Gesetze öfter die Strafbar-

[1]) vgl. das Privileg des Verwandtendiebstahls: StGB. § 247 Abs. 2.

keit mindern als ganz ausschließen — noch beim Verwandtendiebstahl § 247 Abs. 2 —, vermag die Beschränkung des Gesetzes auf die Minderung wohl zu erklären, uns aber um so weniger zu hindern, durch extensive Interpretation jene Strafverminderung bis zur Strafausschließung fortzudenken und auch für diese den § 50 in Anspruch zu nehmen, freilich — salvo principio: nulla poena sine lege — nur in favorem rei! Es läßt sich also eine Bestrafung dessen, der einen Gefangenen zur Selbstbefreiung anstiftet, de lege lata nicht verteidigen, wohl aber ist seine Beihilfe ausdrücklich mit Strafe bedroht.

Nach diesem endgültigen Ergebnisse kann der Gefangene nicht bestraft werden, der zu seiner Befreiung oder deren Beihilfe — sie ist ja delictum proprium — anstiftet oder sie unterstützt, wäre de lege ferenda aber jeder Dritte zu strafen, der den Gefangenen anstiftet, sich zu befreien oder ihm dazu behilflich ist, und zwar dies ohne ausdrückliche Strafsanktion der Teilnahme.

Es leuchtet ein, wie irreführend es ist, rechtlich von einer Selbstbefreiung zu reden; um anschaulich zu werden, könnte man sagen: nicht die Tat, sondern der Täter ist straflos.[1] [2])

Anhang.

1. Das Komplott. Es ist die bloße Verabredung mehrerer Gefangenen zur gemeinsamen Befreiung ihrer selbst: nur ein Plan, noch kein Handeln. Wird es dies, so braucht noch keine Zusammenrottung zu entstehen und ein Handeln mit gemeinsamen Kräften vorzuliegen, also der Tatbestand

[1]) Trotz Finger, Lehrbuch 1904 S. 362 Anm. 471!

[2]) Denn die von §§ 48, 49 StGB. geforderte strafbare Handlung ist der Haftbruch überhaupt.

der Meuterei erfüllt zu sein, vielmehr richtet sich die Ausführung des Planes nach den auf die Beteiligten entfallenden Rollen.[1]) Wird nachträglich mit gemeinsamen Kräften gehandelt, so liegt doch Zusammenrottung und damit auch Meuterei vor.[2]) Das Komplott an sich ist nicht unter Strafe gestellt.[3]) Wird das Komplott ausgeführt, so wird ein Gesamterfolg erstrebt, zu dem von jeden Bedingungen gesetzt werden, und zwar als Täter der eigenen, Mittäter oder Gehilfen der Befreiung des anderen. Während die Täterschaft der eigenen Befreiung für den einzelnen straflos ist, untersteht er wegen der Mittäterschaft oder Beihilfe zur Befreiung des anderen dem § 120,[4]) mag die Teilnahme nun Mittel der eigen Befreiung sein oder nicht; nur wird ihm im ersteren Falle meist das Bewußtsein von der Teilnahmeeigenschaft seines Handels fehlen, er also mangels Vorsatzes nicht bestraft werden können.[5])

2. Die Selbstbefreiung nach dem MStGB.: Unter dem Abschnitte der unerlaubten Entfernung bedroht das MStGB. § 79 den Gefangenen, der sich selbst befreit, mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten, falls nicht die härtere Strafe der Fahnenflucht verwirkt ist, während es die Tat des

---

[1]) So Goltdammer 39, 326 E. II, 80.

[2]) Dies verneint Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts II, 1847 S. 198.

[3]) E. II, 80. Die komplottmäßige Selbstbefreiung bestrafen: Württemberg a. 181, Hannover a. 201.

[4]) So v. Schwarze, Oppenhoff ad § 120; Binding S. 589.

[5]) Binding a. a. O. Für Straflosigkeit überhaupt sind: Schütze S. 269 ff.; preuß. Entwurf von 1845 zit. in E. XV, 217: Ein derartiges Komplott begreift nicht mehr in sich, als daß jeder Gefangene nur seine Befreiung verwirklicht. Ferner Sachsen 1868 a. 152; E. II, 80; Klemm S. 58.

Hafthalters unter die Verletzung der Dienstpflichten aufgenommen hat. Jene Subsumierung der Selbstbefreiung unter die unerlaubte Entfernung beruht auf einer Verkennung des Angriffsobjektes dieses Delikts und ist nur historisch zu erklären;[1]) ebensowenig ist der in § 79 ausgesprochene Ausschluß einer Verbrechenskonkurrenz zwischen Haftbruch und Desertion gerechtfertigt; denn jener ist Verletzung des Haftrechts, diese der geschuldeten Treupflicht, während das Gesetz beide als unerlaubte Entfernung bezeichnet.[2])

Nicht macht sich des Haftrechts schuldig der mit Stubenarrest bestrafte Offizier, der seine Wohnung eigenmächtig verläßt: § 80, nicht der Kriegsgefangene, der unter Bruch des gegebenen Ehrenwortes entweicht: § 159; denn an ihnen besteht kein staatliches Haftrecht.

B. Der Angriff des Dritten.[3])

Er ist der Täter des § 120 und kann sein ein Gefangener oder Nichtgefangener, ein Beamter oder Nichtbeamter, wenn nur kein Hafthalter. Der Angriff ist Täterschaft oder Teil-

---

[1]) Militär-StGB. von Württemberg 1874 a. 74 nennt die Selbstbefreiung unter der Desertion; Preußen 1845 § 164 betrachtet sie als erschwerenden Umstand der unerlaubten Entfernung, Bayern 1869 a. 192 als Ungehorsam gegen den Dienstbefehl. Hofmann S. 54 Anm. 3 meint, in diesen Erscheinungsformen der Selbstbefreiung liege der Grund zu deren Strafbarkeit nach dem MStGB. Dies mag sein, festzuhalten ist jedoch, daß die Selbstbefreiung weder Entfernung vom Truppenteil noch Dersertion sein muß, daß ferner, wenn auch diese Delikte vorliegen, der Haftbruch schon vollendet ist, bevor jene es sein müssen.

[2]) Sehr richtig unterscheidet schon D. 49, 16 l. 13 § 5: . . . in numero desertorum non computandum . . . quia custodiae refuga, non militiae desertor est.

[3]) Dem MStGB. unbekannt außer § 58 Nr. 11.

nahme an der Tat des Gefangenen, an der eines Hafthalters oder der eines extraneus von der Qualität des Teilnehmers. Auch die Teilnahme des Dritten an den Delikten der §§ 121, 347 ist stets nach § 120 zu beurteilen, da in seiner Person die in §§ 121, 347 geforderten Qualifikationen nicht gegeben sind; vgl. § 50 StGB.

Der sub A bekämpften Auffassung der Selbstbefreiung als eines delictum proprium zufolge hat das Gesetz die Beihilfe zu ihr mit einer selbständigen Strafsanktion ausgezeichnet, die Anstiftung aber vergessen. Hätte man sich klar gemacht, daß rechtlich nicht Teilnahme an der Selbstbefreiung, sondern am Haftbruche vorliegt, wie oben sub A näher ausgeführt, so wäre diese auch ohne besondere Strafandrohung zu ahnden gewesen. Statt dessen hat man das crimen proprium der Beihilfe geschaffen, nicht auch das der Anstiftung,[1]) so daß der Anstifter schlechterdings straflos bleibt[2]): denn er stiftet ja zu einer straflosen Handlung an![3])

Insofern nun die Beihilfe strafbar ist ohne strafbare Haupttat — d. h. de lege lata — hat sie ihren accessorischen Charakter aufgegeben, sie accediert aber insoweit, als vollendete oder wenigstens versuchte Selbstbefreiung[4]) erforder-

---

[1]) Beachte das preuß. Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. 6. 1851: Aufforderung zur Befreiung.

[2]) Meyer S. 664: Die Anstiftung erscheine als intellektuelle Beihilfe. Dagegen Oppenhoff, Olshausen, Rüdorff-Stenglein ad § 120; Stenglein, Zeitschrift 4, 281, 6, 187; Binding S. 590; ferner Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 4, 487, wo eine sogen. Beihilfe im weiteren Sinne abgelehnt wird; Klemm S. 52.

[3]) Z. B. Frank zu § 120; Geyer S. 144; Oppenhoff in der Entsch. des Obertribunals XV, 602 und die meisten in Anm. 2 genannten Autoren.

[4]) Die Beihilfe zum Haftbruche des Dritten fällt nicht unter diese

lich ist. U. E. verliert sie nicht ihre abstrakt technische Qualität als Teilnahmeform, weshalb wir einen Versuch oder Teilnahme an der Beihilfe zur Selbstbefreiung für ausgeschlossen halten: vielmehr ist der sogen. Versuch straflos,[1]) und die sogen. Teilnahme wird selbst Beihilfe sein. Dagegen trifft die Beihilfe die Versuchsstrafe, wenn die Selbstbefreiung mißlungen ist.[2])

Keine Beihilfe mehr ist die Unterstützung gelungener Flucht,[3]) wohl aber kann sie noch als Begünstigung in Frage kommen.

Vereinzelt ist die Bestimmung MStGB. § 58 Nr. 11: Wer mit dem Vorsatz, einer feindlichen Macht Vorschub zu leisten oder den deutschen . . . Truppen Nachteile zuzufügen, feindliche Kriegsgefangene freiläßt . . . Ihm droht wegen Kriegsverrats die Todesstrafe. Dieser erscheint hier in der Form des Haftbruches und bedingt deshalb doppelte Rechtsverletzung, des Haftrechts und der Treupflicht, wonach wohl eine Verbrechenskonkurrenz angenommen werden muß. Fehlt indessen die Schädigungs- bezw. Unterstützungsabsicht, so hat es beim Haftbruche sein Bewenden. Vgl. auch unten § 7, 3b.

---

selbständige Strafsanktion. Sie mit Binding S. 591 auf jene Beihilfe mit auszudehnen, halten wir mit Rücksicht auf § 2 StGB. für unzulässig, auch nicht für gewollt vom Gesetze, da dieses weniger die Beihilfe mit der Täterstrafe, als die Beihilfe überhaupt hat pönalisieren wollen.

[1]) So Binding S. 590 Anm. 6; a. M.: Olshausen ad § 120; Frank ad § 120.

[2]) vgl. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 4, 487.

[3]) E. XXV, 65: z. B. Führerdienste.

C. Der Angriff des Hafthalters.

1. Arten des Hafthalters. Dieser ist das persönliche, aktiv zur Aufrechterhaltung des Zwangsverhältnisses verpflichtete Mittel der staatlichen Haft. Diese Pflicht äußert sich in der Übernahme und Ausübung der Bewachung, in der Sorge für Bewachung durch andre oder reale Detention. Diese Abhängigkeit der Existenz der Haft von dem Wollen und Tun des Hafthalters qualifiziert seine Tat gegenüber der des extraneus. Die widerrechtliche Aufhebung der Haft durch ihn ist nicht Ausübung seiner Detentionspflicht, sei es Nichtbeginn von deren Funktion oder Unterbrechung derselben.[1]) Jene Pflicht ist nun entweder Ausfluß eines ad hoc oder generell übernommenen Auftrags oder ist Inhalt eines Amtes: der Gegensatz ruht nicht in der allgemeinen Beamtenqualität einerseits und deren Mangel andrerseits, wie die Mehrzahl der Autoren auf Grund des „Beamten“ in § 347 scheidet, sondern er gründet darin, daß der eine kraft Auftrags, der andre kraft Amtes, also als Träger der in diesem enthaltenen Detentionspflicht, den Gefangenen bewacht. Dieses Moment der amtlichen Zuständigkeit wirkt qualifizierend gegenüber dem bloßen Mandatar.

Das Gesetz spricht in § 121 ausführlich von einem Täter, der mit der Beaufsichtigung oder Begleitung eines Gefangenen beauftragt ist, und fügt in § 347 die Bewachung hinzu, die dem Beamten anvertraut ist. Dieser beständige Wechsel im Ausdruck erübrigte sich, wenn man sich auf die anvertraute Bewachung beschränkt hätte; denn wer den Gefangenen beaufsichtigt oder begleitet, bewacht ihn auch; desgleichen ist

---

[1]) Binding S. 593 spricht von Entlassung Gefangener.

zwischen beauftragen und anvertrauen hier kein sachlicher Unterschied. Der letztere Ausdruck mag gewählt sein mit Rücksicht auf die besondere Stellung des Beamten, jedenfalls ist dem Beauftragten der Gefangene nicht weniger anvertraut.

Beauftragt sind nun alle Nichtbeamten und alle nicht zuständigen Beamten: sie sind die Täter des § 121, während der zuständige Beamte, in dessen Amtskreis also die Bewachungsfunktion fällt, dem § 347 untersteht. Diese Verteilung ist, wie schon berührt, nicht unbestritten, vielmehr hat man mit Rücksicht darauf, daß § 347 von einem Beamten schlechthin spricht, diese Bestimmung auf den Beamten im allgemeinen ausgedehnt, so daß für § 121 nur die Nichtbeamten übrig bleiben.

So meint Olshausen ad § 347: die Bewachung müsse durchaus nicht zu den regelmäßigen Amtsgeschäften des Beamten gehören, § 347 enthalte ein allgemeines Amtsdelikt, könne sonach von allen Beamten begangen werden . . . wenn ihm nur in concreto mit Rücksicht auf seine Beamtenstellung die Bewachung anvertraut ist.

Noch weiter geht Hälschner II, 1053 ff.; der Beamte übe in allen Fällen über den Gefangenen eine Amtsgewalt aus, gleichviel ob sie ihm vermöge seines Amtes oder kraft außerordentlichen Auftrags übertragen ist.[1])

Dem ist zu entgegnen, daß die Delegation im einzelnen Falle unmöglich die Zuständigkeit eines Amtes erweitern

---

[1]) Wie Olshausen: Rüdorff-Stenglein, Oppenhoff ad § 347; Hofmann S. 42; Klemm S. 42; Stenglein, Zeitschr. 2, 299; preuß. ObTrib. 18. April 1873; a. M.: Frank ad § 347: „Handelt er kraft Auftrags, so fällt er unter § 121.“ Binding S. 410, 596: Das Entweichenlassen ist besonderes Beamtendelikt.

kann, der Delegatar also auch keine Amtsgewalt, wenn auch staatliche Gewalt ausübt. Liegt diese letztere außerhalb seiner amtlichen Kompetenz, er betätigt sie aber kraft Auftrags, so mag, wenn er sie überschreitet oder mißbraucht, dies seine Vertrauenswürdigkeit auch bezüglich seines Amtes erschüttern, aber seine Amtsgewalt ist dabei nicht in Funktion getreten, und von einem Verbrechen im Amte kann u. E. nicht die Rede sein.

Das römische Recht und die Karolina begnügen sich in weiser Beschränkung mit dem commentariensis und seinen adiutores bezw. dem Hüter des peinlichen Gefängnisses; es ist bereits gesagt, daß dieser sich bald in die Gerichtsperson verwandelt und schließlich dem Beamten im allgemeinen Sinne weicht;[1]) denn fast alle Partikulargesetze sprechen wie das Reichsgesetz von einem Beamten, dem die Bewachung eines Gefangenen anvertraut ist, und scheinen damit die Qualifikation des Beamtendelikts in der Beamteneigenschaft im allgemeinen zu suchen, nicht in dem Mißbrauch oder der Überschreitung[2]) der in einem bestimmten Amte enthaltenen Machtfülle, wie sie seinem Träger ein intensiveres Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit seines Tuns geben muß. Daß der Beamte als staatliches Organ seine durch das Amt bedingten Pflichten verletzt, ist das Erschwerende gegenüber dem bloßen Delegatar, der wider die mit dem Auftrage über-

---

[1]) Oben S. 40; ferner StGB. §§ 341, 343—45, dagegen beachten die Zuständigkeit 331—333, 346, ähnlich 350, 353, 353a; vgl. hierzu Binding, Gerichtssaal 1904 a. a. O. S. 12: Wo das Amtsdelikt nicht ausdrücklich auf die Zuständigkeit bezogen ist, aber als Mißbrauch derselben gefaßt werden kann, ist es so zu fassen.

[2]) Binding, Lehrb. II S. 410: „Das Entweichenlassen von Gefangenen liegt jenseits der Kompetenzanwendung."

nommenen Pflichten handelt. Daß dessen Beamteneigenschaft das Mandat motivierte, mag beachtlich sein für die Strafzumessung als Straferhöhungsgrund, kann aber nimmer die dem zuständigen Organe geltende Strafschärfung auslösen.

Um diesem Ergebnisse gerecht zu werden, müssen wir den § 347 restriktiv dahin interpretieren, daß wir unter dem Beamten, dem die Bewachung eines Gefangenen anvertraut ist, nur den begreifen, dem die Bewachung kraft Amtes obliegt. Dies kann sein ein Sicherheitsorgan der Polizei (Zoll-, Straßen-, Strom-, Forst-, Grenzpolizei), des Gerichts wie der Staatsanwaltschaft u. a., auch Militärpersonen in bestimmten Fällen, dagegen nicht der richterliche, überhaupt staatliche oder kommunale Beamte schlechthin, wie etwa ein Gemeindevorstand, ein Steuer-, Post-, Eisenbahnbeamter, dem vorübergehend ein Gefangener übergeben wird.

Damit scheint uns eine dogmatisch richtige und zugleich der Billigkeit entsprechende Grenze zwischen § 121 und § 347 gezogen zu sein. Unter Hinweis auf die oben S. 6 ff. erörterte Delegation beschränken wir uns im folgenden auf den beamteten Hafthalter.

2. Wann ist die Bewachung anvertraut? Würde man wie mancher namhafte Autor z. B. Frank für den Begriff des „Anvertrautseins“ einen Übergabeakt voraussetzen, so könnte das Verbrechen nur der begehen, dem ein Gefangener von einem berufenen staatlichen Organe übergeben worden ist, nicht dagegen der Beamte, der eine Person eigenhändig oder durch Übernahme von einem Nichtbeamten in Haft nimmt oder die Annahme eines Gefangenen, die er vorzunehmen verpflichtet ist, widerrechtlich verweigert. Hiernach wären die drei letztgenannten Fälle nicht unter den Tatbestand der Gefangenenbefreiung unseres Strafgesetzes

zu subsumieren. Daß eine derart enge Begrenzung des fraglichen Begriffs weder der wissenschaftlichen Auffassung des Hafthalters als persönlichen Haftmittels überhaupt noch dem Geiste des Gesetzes gerecht wird, hat in seinen Entscheidungen auch das Reichsgericht anerkannt. Dieses verlangt in E. XXVII, 209 eine Pflicht zur Beaufsichtigung des Gefangenen und erachtet diese nicht nur durch Übernahme oder Festnahme für begründet: E. IX, 40, sondern in E. VIII, 313 unter gewissen Voraussetzungen auch dann, wenn nur eine Verbindlichkeit zur Übernahme des Gefangenen besteht, die Detention selbst aber noch nicht ausgeübt wird.

Mit dieser Auffassung finden wir das begriffsbildende Moment für das Anvertrautsein nicht in der Pflichtbetätigung, sondern der Pflichtentstehung: nicht die tatsächliche Bewachung, sondern die Existenz der Verpflichtung zu ihr entscheidet. Dies trifft aber nur zu, wo der Gefangene im Rechtssinn schon vorhanden ist, nicht, wo eine staatliche Detention überhaupt noch nicht besteht, der Gefangene also erst noch ins Leben gerufen werden muß, wie dies bei eigenhändiger Festnahme oder Übernahme von einem nicht delegierten Privaten der Fall ist; denn dann ist erforderlich Pflichtbetätigung, weil erst mit ihr der Gefangene gegeben ist.

Analysiert man den in § 347 formulierten Haftbruch in eine Verletzung der dem Beamten obliegenden Bewachungspflicht — sei es Nichtbeginn oder Unterbrechung der Funktion — und die sich ergebende Folge, das tatsächliche Freiwerden des Gefangenen, so wird sich gegen die dogmatische Richtigkeit jener Erweiterung der Bedeutung des Anvertrautseins kaum etwas einwenden lassen. Nach dieser Darstellung ist der Passus des § 347: Dessen Beaufsichtigung . . . ihm anvertraut ist, dahin auszulegen, daß die Bewachung nicht erst

mit ihrer Ausübung, sondern schon mit entstandener, aber noch nicht erfüllter Verpflichtung zu ihr anvertraut ist. Des weiteren verlangt die Beurteilung des Hafthalters als eines Bewachungsverpflichteten, auch den, der eigenhändig oder durch Übernahme aus privater Hand festgenommen hat, als Verbrechenssubjekt dem § 347 zu unterstellen; denn jede rechtmäßige Arretur ist Akt des Staates, der durch den Beamten handelt und diesem stillschweigend den Festgenommenen anvertraut; dies sollte den Gegnern [1]) der hier vertretenen Meinung als eine quasi traditio genügen.

Entstehungsmomente der genannten Pflicht [2]) und damit des Anvertrautseins können nun gelegen sein

a) im Zeitablauf: Ablösung eines Beamten;

b) im rechtmäßigen Angebot eines Gefangenen seitens eines Beamten oder delegierten Nichtbeamten; [3])

c) in der Übernahme eines Nichtgefangenen, z. B. aus privater Hand, so daß dieser Gefangener wird [4]);

d) in eigenhändiger Festnahme.[4])

Bezüglich des letzten Punktes unterscheidet Hofmann S. 104 ff. zwischen derivativer und originärer Festnahme und will nur im Falle der ersteren die Bewachung anvertraut wissen. Er führt aus: an sich werde eine Übergabe voraus-

---

[1]) Frank ad § 347; Meyer S. 692; Rubo, Kommentar ad § 347; Klemm S. 44; mit Einschränkungen Hofmann S. 104ff.; richtig v. Schwarze, Rüdorff-Stenglein ad § 347; Hälschner II S. 1053ff.; John a. a. O. S. 954; E. VIII, 313.

[2]) Punkte a und b dürften auch für den unbekannten Hafthalter gelten.

[3]) Den letzteren übersieht Binding S. 596 Anm. 7; Übergabe verlangen Hälschner a. a. O. und Hofmann S. 108.

[4]) Nicht dagegen fallen hier Unterlassung der Übernahme oder Verhaftung unter § 347, denn die staatliche Haft ist noch nicht begründet.

gesetzt, es müßten jedoch auch Übergabesurrogate wie etwa ein Haftbefehl oder ein bestimmt erteilter Auftrag, aus denen sich das Übernehmen herleite, genügen. Es handle sich hier um eine certa persona, die dem Beamten schon mit dem Haftbefehle oder dem Auftrage anvertraut wird — analog der traditio longa manu oder dem Eigentumserwerb mittels eines Warenpapiers. Dagegen reiche eine dem Beamten allgemein obliegende Pflicht nicht hin; denn eine Person, von deren konkreter Existenz der Anvertrauende keine Kenntnis habe, könne nicht anvertraut werden. Nach alledem könne in der originären, aus eigenem Antrieb vorgenommenen Festnahme ein Anvertrauen nicht gefunden werden, um so weniger als der Beamte hier selbst als Träger des behördlichen Willens erscheine und die Festnahme und Wiederentlassung ganz von seinem pflichtmäßigen Ermessen abhinge.

Dem entgegnen wir:

a) Jene Teilung in derivative und originäre Festnahme ist zu verwerfen, denn jede rechtmäßige Verhaftung ist eine sei es aus einer behördlichen Anordnung oder gesetzlichen Bestimmung abgeleitete, keine dem Gutdünken des Beamten überlassene.

b) Die genannten Übergabesurrogate sind keine, und die mit dem Zivilrechte gezogene Parallele ist keine glückliche. Denn wenn Hofmann den Begriff des Anvertrauens durch Erteilung des Auftrags oder Ausstellung des Haftbefehls für gegeben erachtet und dem die allgemeine im Amte gründende Pflicht zur Verhaftung gegenüberstellt, so vertraut er dort zwar eine certa persona an, aber eine Person, deren der Staat noch gar nicht habhaft, die selbst überhaupt noch kein Gefangener ist, während er im zweiten Falle mangels Bestimmtheit der Person ein Anvertrauen nicht zugeben kann.

Im letzteren Punkte wird niemand widersprechen, dagegen kann — immer nur Fall d S. 58 im Auge — von einem Anvertrautsein erst mit dem Moment der Festnahme die Rede sein, und dann ist auch da, wo diese sich lediglich auf das Gesetz stützt, die certa persona gegeben. Wie kann der Staat eine Person tradieren, die noch kein Gefangener ist, an der ihm noch kein Haftrecht zusteht!

c) Liegt ein rein gesetzlicher Hafttitel gegen eine bestimmte Person vor, so muß sie der Beamte ebenso verhaften, als wenn er nur beauftragt wäre, und sie detinieren; nicht ist dies in sein Belieben gestellt. Sein Ermessen ist lediglich tatsächlicher Natur. Die auf Gesetz als Titel beruhende, also weder dolus noch Irrtum entspringende Verhaftung ist Erfüllung des Gesetzeswillens, dessen Autorität den Gefangenen dem Beamten sehr wohl anvertraut.[1])

Der Gefangene muß zum Zwecke der Bewachung, der Detention, anvertraut werden; deshalb ist Täter des § 347 weder, wem der Gefangene wie dem Untersuchungs- oder Amtsrichter zur Vernehmung oder Verhandlung vorgeführt wird, noch wer die der Gefangenschaft entspringenden bureaukratrischen Verwaltungsmaßnahmen wie Führung von Terminskalendern für Strafantritt und Entlassung usw. zu regeln hat: E. XXVII, 209.

Die bisherige Erörterung hat ergeben, daß man bei Fixierung des Täterbegriffs nach § 347 einmal zu weit ging, indem man ihn auf den Beamten im allgemeinen ausdehnte, des anderen ihn aber dadurch einschränkte, daß man nur den

[1]) Analog ist die Übernahme von einem Privaten zu beurteilen. Hofmann S. 106 ff. bestreitet auch hier jede Verpflichtung des Beamten, läßt dessen freie Entschließung walten und erklärt die etwaige Annahme für unverbindlich.

tatsächlich tradierten Gefangenen als anvertraut gelten ließ. Nachdem der hier vertretene Standpunkt beide Extreme bekämpft hat, können wir als beamteten Hafthalter nur den Beamten anerkennen, der von Amts wegen zur Bewachung eines Gefangenen verpflichtet ist.

3. Die Tat des Hafthalters. Sie ist Zerstörung der durch Übernahme der Bewachung seitens des Beamten geschaffenen Garantie für den Bestand des Zwangsverhältnisses, sei es daß er es selbst aufhebt oder nur als Teilnehmer auftritt. Die Unterscheidung der vom Gesetz gewählten Ausdrücke Entweichenlassen oder Bewirken der Befreiung, jenes sei unterlassene Verhinderung der Selbstbefreiung, dieses Befreien mittels positiver Tätigkeit,[1]) ist ohne rechtliche Relevanz;[2]) denn beiderseits haben wir es mit einem Kommissivdelikt, im ersteren Falle allerdings begangen durch Unterlassung, zu tun. Entsprechend § 120 ist auch in den §§ 121, 347 die Beihilfe[3]) der Täterschaft hinsichtlich der Strafe gleichgestellt, während sich nach der von uns sub A behaupteten Deliktseinheit die ausdrückliche Sanktionierung der Beihilfe erübrigt hätte und jeder, Täter oder Teilnehmer, nach dem Gesetze, das ihn als Täter treffen würde, zu beurteilen gewesen wäre. De lege lata ist die Teilnahme des Beamten nach § 347 zu ahnden, ob auch die Anstiftung zur Selbstbefreiung, etwa als ein Bewirken der Befreiung, ist zum mindesten zweifelhaft,[4]) de lege ferenda

---

[1]) E. V, 324.

[2]) So auch Binding S. 596.

[3]) Teilnahme an ihr ist wieder Befördern: Binding S. 397; a. M. Hofmann S. 112.

[4]) Mit Binding S. 596 wohl zu bejahen. Sicher liegt ein mittelbares Bewirken vor.

wäre sie nach dem sub A Ausgeführten allerdings zu pönalisieren; der Gefangene bleibt als Täter oder Teilnehmer straflos.[1]) Zugunsten der genannten Gleichbehandlung von Täterschaft und Beihilfe spricht die praktisch oft schwierige, meist nur in der Willensseite zutage tretende Unterscheidung beider.[2])

Der Vorsatz[3]) des Täters fordert das Bewußtsein, daß das Zwangsverhältnis aufgehoben wird, nicht auch die Vorstellung über das tatsächliche Verhalten des Gefangenen, über dessen Ausführung der Entweichung,[4]) wenn nur für diese das Verhalten des Täters kausal ist.[5]) Daß der Gefangene wirklich entweicht, ist nicht erforderlich, da auf seine Mitwirkung nichts ankommt, nur muß er tatsächlich frei sein,[6]) das Machtverhältnis also auch nicht mehr teilweise bestehen, mag nun der Gefangene davon wissen oder nicht.[7])

So erfüllt den Deliktstatbestand, wer den Gefangenen entlaufen läßt,[8]) eine unmittelbare Wiederergreifung unterläßt, von dem Gefangenen wegläuft, einen unzuverlässigen Wächter

---

[1]) A. M. Olshausen; Rüdorff-Stenglein ad § 347.

[2]) vgl. hierzu Haeberlin a. a. O. II S. 196.

[3]) Im Gesetz fehlt „widerrechtlich".

[4]) E. XV, 345; XXVI, 53.

[5]) Richtig Hofmann S. 111 f., nur das von ihm gewählte Beispiel erscheint uns nicht zutreffend.

[6]) vgl. E. XXVI, 334.

[7]) E. IX, 90 läßt dies dahingestellt sein. Dagegen E. XXXVI, 402: es sei ein Rechtsirrtum, das entscheidende Gewicht auf das Glauben und Wollen des Gefangenen zu legen. Die Befreiung besteht in der Herbeiführung des tatsächlichen Zustands des Freiseins. Dieser Zustand könne auch ohne Wissen und Wollen des Gefangenen eintreten.

[8]) Im Notstand handelt er, wenn ihn eine Volksmenge bedroht.

bestellt,[1]) dem der Gefangene entweicht, verbotswidrig Personen in das Gefängnis usw. einläßt, die den Gefangenen entführen. Besonderer Hervorhebung bedürfen:

a) Die Weigerung der Annahme eines Gefangenen. Ist der Oblat zur Bewachung verpflichtet, dann ist er, das ergab die Erörterung sub 2, taugliches Verbrechenssubjekt. Lehnt er ab, so muß jedoch die Befreiung[2]) des Gefangenen hinzukommen, die staatliche Gewalt auch durch eine andere Person nicht mehr ausgeübt werden, sonst fehlt es an dem kriminell wesentlichen Erfolge, doch dürfte wohl ein Versuch des Verbrechens übrig bleiben: so wenn der Offerent weiter detiniert, einem anderen zuständigen Organe tradiert oder einem Dritten delegiert.[3]) Demnach ist zur Vollendung erforderlich, daß der Tradent den Gefangenen freigibt oder dieser entläuft[4]): beides ist nicht jenem, sondern dem Nichtannehmenden zur Schuld zurechenbar.[5])

b) Die unberechtigte Tradition des Gefangenen. Mit ihr wird der Gefangene zwar nicht tatsächlich frei, wohl aber die staatliche Gewalt über ihn aufgegeben. Damit öffnet sich die Frage nach der Berechtigung event. Verpflichtung zur Delegation und Substitution, kraft deren der Übergebene Ge-

---

[1]) s. E. XXVII, 209: wer über die Person des Gefangenen mittelbar oder unmittelbar Aufsicht zu führen hat.

[2]) E. XXXVI, 402: Die bloße Möglichkeit des Entweichens oder der Befreiung genügt freilich nicht.

[3]) Die so geschaffene negative Bedingung entkräftet die vom Weigernden gesetzte positive.

[4]) Auch wenn er in die Gewalt eines Privaten kommt.

[5]) Eine sogen. mittelbare Täterschaft, vgl. die Befreiung durch Drohung oder Täuschung, die tatsächlich doch der Bedrohte bezw. Getäuschte vornimmt.

fangener bleibt. Darf der Hafthalter auch außer einer durch Gesetz oder Auftrag gewährten Möglichkeit delegieren? Im allgemeinen wird man sagen können: Dann, wenn die Übergabe für die Aufrechterhaltung des staatlichen Zwangsverhältnisses mehr Sicherheit gewährt als eigne Detention,[1]) diese z. B. gefährdet oder unmöglich gemacht wird durch nicht der Willkür des Beamten entspringende Umstände;[2]) selbstredend wird dieser die nötige diligentia in eligendo beobachten müssen. Überkommt den Hafthalter plötzliche Krankheit oder droht ihm Gewalt von dritter Seite, dann darf oder muß er den Gefangenen aus der Hand geben und eine geeignete Person mit seiner Bewachung betrauen, dagegen befreit er den Gefangenen widerrechtlich, wenn er ihn entläßt, damit er sich selbst stellt, nach geraumer Zeit zurückkehrt, oder ihn einem Unberufenen übergibt, damit ihn dieser abliefert.[3])

Da der vernehmende oder verhandelnde Richter, wie schon ausgeführt, nicht unter § 347 fällt,[4]) zweifellos aber durch widerrechtliche Aufhebung des vollstreckten Haftbefehls den Gefangenen befreit, wenn dieser auf Grund der richterlichen Verfügung tatsächlich entlassen wird, so ist eine andre kriminelle Ahndung als nach § 120,[5]) abgesehen etwa von

---

[1]) E. VII, 103: Er dürfe selbständig diejenigen Maßnahmen treffen, die die Sicherheit der Ausführung der Anordnung erfordern würden.

[2]) Z. B. E. VII, 103.

[3]) Dieser kann dann keinen Haftbruch mehr begehen. Anders liegt der Fall in E. XIX, 330: Die Delegation war hier zulässig und durch die Annahme des Krankenwärters für diesen trotz Ablehnung seitens der Verwaltung zustande gekommen.

[4]) vgl. John a. a. O. S. 954 f.

[5]) Anders Baden 1851 § 685.

einer Rechtsbeugung oder Begünstigung, vom Gesetze nicht ermöglicht.

Nach § 121 Abs. 2 und § 347 Abs. 2 soll auch der Hafthalter bestraft werden, der das Entweichen durch Fahrlässigkeit gefördert hat. Daß mit diesem minus auch das plus — das fahrlässige Bewirken der Flucht — getroffen ist, ist wohl nicht zu bestreiten,[1]) zumal wenn man die konkrete, juristisch inkorrekte Ausdrucksweise des Gesetzes erkannt hat. In dem Fördern der Entweichung ist echte Täterschaft zu suchen; denn jene ist nur die vom Gefangenen aus der vom Hafthalter bereits verübten Normwidrigkeit gezogene Konsequenz: Macht also schon die bloße Verletzung der Detentionspflicht,[2]) nicht erst die Entweichung den Gefangenen frei, so ist das Delikt nach § 347 schon vor dieser vollendet, der Hafthalter sonach Täter, nicht nur Gehilfe, der entweichende Gefangene aber begeht keine Selbstbefreiung mehr. Kommt jedoch dieser erst mit der Flucht aus der Haft,[3]) dann ist er der Täter und der Hafthalter Gehilfe. Maßgebend ist das Verhalten des Beamten; denn der Gefangene muß nicht entweichen, kann vielmehr infolge der Fahrlässigkeit auch durch Dritte befreit werden.[4]) Indessen gilt für die im Gesetze getroffene Ausgleichung jenes Unterschiedes auch hier das S. 62 oben Gesagte.

Subjektiv erfordert die Annahme einer Fahrlässigkeit die Vorhersehbarkeit des rechtswidrigen Erfolges bei Auf-

---

[1]) So auch E. V, 324 IX, 40.

[2]) z. B. die Tradition an einen Unberufenen, dem der Gefangene entflieht: hier ist schon mit der unberechtigten Übergabe vollendet.

[3]) Der Wächter verschließt die Zelle nicht, so daß ihr Insasse durch ein offenes Fenster in den Hof und von da erst ins Freie gelangt.

[4]) E. V, 324.

wendung der nötigen Umsicht und Aufmerksamkeit,[1]) nicht aber, daß die konkrete Art der Befreiung vorherzusehen sei,[2]) wenn diese nur bedingt ist durch die Unachtsamkeit des Beamten.[3]) Daher fehlt der Kausalzusammenhang, wenn z. B. der Gefangene nicht die vom Beamten geschaffene Gelegenheit zur Flucht benutzt, sondern auf einem anderen Wege entkommt.

Die Sanktionierung der Strafe für den Hafthalter ist mißglückt: Dem vorsätzlichen Beauftragten droht wie dem extraneus Gefängnis bis zu 3 Jahren, dem Beamten Zuchthaus bis zu 5 Jahren; folglich ist auch der Versuch des letzteren strafbar, nicht der des Beauftragten mangels ausdrücklicher Normierung, während wiederum der Versuch des § 120 zu pönalisieren ist. Demgemäß ist die Strafe des qualifizierten Täters von § 121 milder als die des bloßen extraneus von § 120.

---

[1]) E. XV, 345.

[2]) E. XV, 345.

[3]) Goltdammer 30, 147. — Über Fälle kulposer Befreiung s. Binding S. 597; E. V, 324.

§ 7.

III. Das Verhältnis der Gefangenenbefreiung zu anderen Delikten.

1. Die Meuterei. Das Strafgesetzbuch versteht unter Meuterei die widerrechtliche Auflehnung — Angriff, Widerstand, Nötigung — von zusammengerotteten Gefangenen[1]) gegen ihre Wächter und stellt dem das Unternehmen des Ausbruchs gleich, fordert also einschränkend in diesem letzten Punkte das Motiv der Befreiung, während jene Widersetzlichkeit gegen den Hafthalter von ihm durchaus abstrahiert ist. Wie Abs. 1 des § 122 dem Schutze des persönlichen Haftmittels dient, sollte der Abs. 2 gleiche Gewähr dem sachlichen Mittel der Haft verschaffen: aber nicht nur gegen Ausbruch, wie es tatsächlich geschehen ist, sondern gegen jeden, auch von anderen Motiven getragenen Angriff. Dieser richtet sich aber nicht gegen das Haftmittel in seiner Existenz — das wäre echter Haftbruch —, sondern gegen sein durch die Gefangenendisziplin gesichertes, ungestörtes Wirken.

Wohl wurzelt die Meuterei historisch in der Gefangenenbefreiung: denn sie ist die conspiratione verübte effractio carceris der Römer, wie sie gewohnheitsrechtlich im gemeinen

---

[1]) Nicht nur Straf- oder Untersuchungsgefangene: so John a. a. O. S. 145.

Rechte Aufnahme fand, wurde in späteren Partikulargesetzen als Qualifikation der Befreiung bestraft, unter den Aufruhr subsumiert oder diesem gleich behandelt;[1]) aber als Tendenz der Entwicklung des Delikts ist dessen Verselbständigung und Lösung vom Delikte der Befreiung schwerlich zu verkennen. In Abs. 1 § 122 finden wir sie verwirklicht, wogegen der Ausbruch des Abs. 2 als Selbstbefreiung, konkurrierend mit der Befreiung Dritter,[2]) sich erhalten hat.

Mag das Motiv der Befreiungsabsicht das natürlichste und häufigste sein, dogmatisch ist es nicht bedingend für die Erfüllung des Meutereitatbestandes; denn Meuterei und Haftbruch erscheinen uns als verschiedene Delikte mit selbständigen Angriffsobjekten.

Denn die Gesamtheit, die durch das Zusammenleben meist mit dem Makel öffentlicher Strafe behafteter Personen geschaffen wird, bürgt in ihrer Fähigkeit großer Machtentfaltung schwere Gefahr für den durch die wachende staatliche Autorität geweihten internen Frieden, wie er innerhalb der von der Freiheit trennenden Schranken herrschen soll. Er ist gewährleistet durch eine straffe Gefangenenzucht, und sie ist das eigentliche Angriffsobjekt der Meuterei.[3]) Analogen

---

[1]) Z. B. Württemberg 1839 a. 182; Braunschweig 1840 § 99; als Aufstand behandelt von Bayern 1861 a. 143 Abs. 2.

[2]) So Binding S. 594.

[3]) E. III, 1: Gefahr für öffentl. Ordnung und im besonderen für die Gefängnisverwaltung. Brackenhoeft S. 25: obedientia reipublicae debita; Schütze, Notw. Teilnahme 1869 S. 378: Nicht nur allgemeines Unterordnungsverhältnis, sondern ein besonderes Band disziplinarer Subordination unter einer vorgesetzten Behörde, das einen bestimmten Kreis zusammenhält; Klemm S. 49: Schutzobjekt sei nicht das Haftrecht des Staates, sondern die zur Verwahrung der Gefangenen geschaffenen Einrichtungen und bestellten Beamten.

Verhältnissen begegnen wir bei den Seeleuten gegenüber den Schiffsführern (Seem.-Ordnung §§ 87, 91) und bei den Soldaten gegenüber ihren Vorgesetzten (MStrGB. § 103).

Die Befreiung hingegen ist Aufhebung der Haft; die Meuterei kann diese wollen, tut sie es, so braucht die vollendete Meuterei erst versuchte Befreiung zu sein, so daß sich jene in den vollendeten Haftbruch fortsetzt.[1])

Die Meuterei ist Auflehnung wider die Ordnung des Zusammenlebens. Diese wird gewahrt und findet ihre Verwirklichung nicht allein durch das Bewachungspersonal, sondern ebenso durch alle anderen Zwangsmittel wie Gebäude, Mauern, Einrichtungen innerhalb des Gefängnisses, Zellenverschluß usw. Daß das Gesetz einen Angriff auf sie nur in der Form des Ausbruchs, also bei beabsichtigter Befreiung, unter Strafe stellt, ist nicht einzusehen. Warum soll keine Meuterei vorliegen, wenn zusammengerottete Gefangene aus Oppositionslust demolieren, oder um einen Racheakt zu verüben, oder die Flucht eines einzelnen zu verdecken?[2]) Richtet sich

---

[1]) So meint Fischer, Zur Lehre von der Meuterei der Gefangenen in der Allgem. StrafrZtg. von Holtzendorff 1869 S. 628: Der Hauptmangel des § 96 des preuß. StGB. liege in der Verwechslung der Meuterei mit der gemeinsamen Selbstbefreiung, und spricht S. 631 von einer ganz verschiedenen Gesetzesverletzung. Ähnlich erklärt Merkel S. 397: Bei der Meuterei brauche es sich nicht um Selbstbefreiung zu handeln. Hofmann S. 63 möchte die Meuterei unter den Aufruhr subsumieren, und zwar mit dem u. E. wenig glücklichen Vorschlage S. 96, in dem Aufruhrparagraphen de lege ferenda des Gefangenen, der sich an einer nicht öffentlichen Zusammenrottung beteiligt, ausdrücklich zu gedenken. Dagegen kann nach obigem Ergebnisse nicht zugegeben werden, daß, wie man vielfach liest, die Meuterei eine qualifizierte Selbstbefreiung — nach Binding S. 594 eine qualifizierte Befreiung nach § 120 — sei.

[2]) A. M. Haeberlin II a. a. O. S. 194. § 122 Abs. 2 verlangt nach

allerdings, wie wohl meist, der Widerstand gleichzeitig gegen das Bewahrungspersonal, so ist schon dadurch der Tatbestand nach § 122 Abs. 1 erfüllt.

Nach alledem erweist sich die Meuterei dogmatisch als ein abstraktes Widerstandsdelikt in personas oder in res, begangen von einer Mehrheit von Gefangenen, die sich widerrechtlich vereinigt haben oder eine erlaubte Vereinigung zu einem verbotenen Zwecke mißbrauchen. Täter ist jeder, der die Gesamtheit mit dem Bewußtsein, daß sie widerrechtlich handelt, bilden hilft; dagegen ist eine Teilnahme an der Meuterei der anderen seitens eines Meuterers,[1]) sowie eine gegenseitige Begünstigung ausgeschlossen.[2])

Da die Meuterei nach der voraufgehenden Erörterung kein Fall des Haftbruches ist, liegt eine eingehende Darstellung des Delikts außerhalb unserer Aufgabe, weshalb ein Hinweis auf die reiche Literatur genügen möge.[3])

2. Die Begünstigung. Die herrschende Lehre und mit ihr das Reichsgericht[4]) verneinen die Alternativität zwischen Begünstigung und Befreiung eines Kriminalgefangenen und entscheiden sich für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz.

E. XXVII, 397, daß der Zusammenhang der äußeren Umschließung aufgehoben ist.

[1]) So John a. a. O. S. 134 über den Aufruhr: Die Teilnahme höre auf, weil sie in dem Begriff des Aufruhrs selbst enthalten sei.

[2]) v. Schwarze § 122.

[3]) Olshausen § 122; Stenglein, Zeitschr. 5, 286, 3, 88, 8, 107, 6, 193. 195; Goltdammer 45, 120. 39, 326; Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 17, 170. 18, 165; John a. a. O. S. 142ff.; Schütze, Notw. Teilnahme S. 378; Fischer a. a. O.; Sächs. Gerichtszeitung 1863 419, 1864, 63; Binding S. 592; vgl. ferner E. II, 80, III, 1, XV, 217, XXVII, 397; DJZ. 1905 Nr. 1 S. 56.

[4]) E. VII, 244; vgl. auch E. XXXVII, 321.

Die Anhänger der Gesetzeskonkurrenz erklären entweder den Haftbruch für einen besonderen Fall der Begünstigung, den das Gesetz vorgesehen habe, oder verlangen eine Bestrafung nur nach dem Begünstigungsgesetze. Vereinzelt ist die Meinung, mit der Festnahme sei kein Raum mehr für eine Begünstigung gegeben.[1]) Die erstgenannte Ansicht verkennt die doppelte Rechtsverletzung. Die Gefangenenbefreiung ist kein speziell normierter Fall der Begünstigung; denn der Gefangene kann ein Zivil-, Administrativ- oder unschuldiger Untersuchungsgefangener sein, und seine Befreiung ist doch Haftbruch, aber keine Begünstigung, selbst dann nicht, wenn er einer möglichen Bestrafung entzogen werden soll. Des weiteren kann die Befreiung des Kriminalgefangenen unmöglich nur mit der Begünstigungsstrafe geahndet werden;[2]) denn deren Strafmaß ist niedriger als das des Haftbruches, zudem gibt es keinen Versuch der Begünstigung, wohl aber der Befreiung, kennt jene ein Verwandtenprivileg, nicht dieser, ist die Begünstigung einer Übertretung straflos, nicht die Befreiung dessen, der wegen einer solchen in Haft sitzt. Ferner wie, wenn der Täter die Kriminalqualität des Befreiten nicht kennt? Dann wird doch § 120 wieder helfen müssen.[3])

[1]) John a. a. O.; Schütze S. 269 ff.: Begünstigung sei nur Förderung der Flucht des noch nicht Gefangenen oder eines Gefangenen nach strafbarer Selbstbefreiung. Anders Osenbrüggen a. a. O. S. 177: Der schwerste Fall der Begünstigung ist die gewaltsame Befreiung eines Gefangenen, der sich schon in den Händen des Gerichts befindet.

[2]) So Merkel S. 394; Hälschner II S. 960 ff.; Kohler, Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft X S. 308; vgl. dagegen Binding S. 598.

[3]) Gretener, Begünstigung 1879 S. 148: Durch das Bewußtsein von der Unschuld werde zwar der Begriff der Begünstigung, nicht aber der der Gefangenenbefreiung ausgeschlossen.

Schließlich entbehrt auch die Meinung, nach der Festnahme sei Begünstigung ausgeschlossen, jeder Begründung. Denn „der Bestrafung entziehen" heißt nicht nur jemandes Entdeckung und Festnahme vereiteln, sondern überhaupt die Ausübung des Strafrechts[1]) beeinträchtigen oder unmöglich machen wollen. Solange dieses nicht konsumiert ist, kann der Gefangene auch begünstigt werden.[2])

Am begreiflichsten ist die irrtümliche Behauptung, die Begünstigung sei genügend berücksichtigt durch die Strafbestimmung der Befreiung, da wer einen Strafgefangenen befreie, ihn auch begünstigen müsse. Diese notwendige Konkurrenz ist indes oft nur eine tatsächliche, muß also nicht in der Vorstellung des Delinquenten leben. Tut sie es aber, so begeht dieser doppelte Normwidrigkeit[3]): er verletzt das staatliche Haftrecht und greift das staatliche Strafrecht an. Nun könnte man sagen, das Strafrecht konsumiert hier das Haftrecht, die Haft als einen Bestandteil der Strafe, folglich ist das Strafrecht das alleinige Angriffsobjekt. Dem ist nicht so, vielmehr sind beide Rechte auch hier koordiniert. Jenes Bedenken schlägt jedenfalls gegenüber der Untersuchungshaft nicht durch; diese ist Prozeßsicherungsmittel zwecks Feststellung des staatlichen Strafanspruches, noch nicht Straf-

---

[1]) Namentlich des rechtskräftig festgestellten Strafrechts, auch wenn es einen unschuldig Verurteilten trifft.

[2]) So E. VII, 244. Das von John vermißte bestimmte Angriffsobjekt ist eben das Strafrecht.

[3]) Ebenso Gretener a. a. O. S. 148; Binding, Lehrb. II S. 598; ferner Handb. I S. 352 Anm. 8 u. S. 575 Anm. 17; Olshausen § 257; Frank § 120 VI; Oppenhoff § 120; Goltdammer 29, 396; Stenglein, Zeitschr. 4, 487; Motive zum sächs. StGB. 1855; Klemm S. 58 ff.; a. M. John a. a. O. S. 142 f.; v. Schwarze § 120; Meyer S. 433.

ausübung, und trifft nicht jeden Straffälligen. Beide, der Freie wie der Verhaftete, können begünstigt werden, der letztere aber nur durch Bruch der Untersuchungshaft, eines kriminell geschützten Rechtsgutes, das gegen den ersteren nicht besteht.

Analog liegt das Verhältnis bei der Freiheitsstrafe, nur daß hier jeder, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der Haft unterliegt. Diese ist nicht Strafbestandteil, sondern Sicherungsmittel der Strafrechtskonsumtion. Strafe ist die Unfreiheit als solche unter gewissen Entbehrungen. Die Herstellung dieses Zustandes ist denkbar kraft eignen moralischen Zwanges des Bestraften[1]) durch Selbstentziehung der Freiheit oder staatliche Internierung ohne Verschluß oder Bewachung,[2]) so daß nach Ablauf der Strafzeit das Strafrecht zweifellos konsumiert wäre. Da der Staat vergeblich eine derart hohe Pflichtauffassung von der Erfüllung des gegen sie gerichteten Strafanspruchs von seinen subditi fordern würde, so sucht er deshalb mittels „Zwangsvollstreckung“ Befriedigung seines Anspruchs und bedient sich hierzu der Haft oder Detention. Wer den Gefangenen der Bestrafung entziehen will, muß diese erst brechen, darf sich also vor doppelter Rechtsverletzung nicht scheuen. Demgemäß ist die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen Gefangenenbefreiung und Begünstigung (StGB. §§ 257, 346) unabweisbar.

Der Strafgefangene, der sich selbst befreit, begeht Selbstbegünstigung in Idealkonkurrenz mit Haftbruch, bleibt aber straflos kraft doppelten Privilegs.

---

[1]) Z. B. bestrafte Geistliche in Demeritenhäusern, Offiziere im Stubenarrest.

[2]) Henkius bei Brackenhoeft S. 33: . . . virtutem quendam Socraticam, quae vel e patentibus carceris foribus exire recuset.

Die irrtümliche Auffassung über das Verhältnis zwischen Befreiung und Begünstigung fußt auf historischem Boden; denn:

a) da der Staat von jeher die Freiheitsstrafe durch Zwang vollstreckt hat, sind Strafhaft und Freiheitsstrafe immer eng verbunden gewesen und für identisch gehalten worden;

b) da die Gefangenenbefreiung in ihrer Entwicklung beim Strafgefangenen einsetzt und lange Zeit überhaupt nur diesen kennt, mußte sie in erster Linie als Begünstigung erscheinen, was in den durch die Talion geschaffenen engen Beziehungen zwischen der Tat des Gefangenen und der seines Befreiers klar zutage trat. Vgl. hierzu die Geschichte des Haftbruches.

3. Widerstand nach § 113. Der bei der Festnahme geleistete Widerstand ist nach § 113 zu beurteilen, für den das Privileg des § 120 nicht gilt. Befreit sich der Gefangene nach der Festnahme mit Gewalt oder Drohung mit solcher,[1]) so untersteht er gleichfalls der Bestimmung des § 113 als einer nicht unwichtigen Ergänzung des § 120, der das Requisit der qualifizierten Selbstbefreiung aufgegeben hat;[2]) folglich bleibt nur das einfache, ohne Gewalt oder Drohung mit solcher begangene Entweichen straflos.

4. Im allgemeinen kann entweder mittels Haftbruchs das durch die Haft geschützte Rechtsgut verletzt werden oder das Mittel des Haftbruchs ist an sich strafbar. Jener Fall

---

[1]) Widerstand vor und nach der Festnahme sowie schließliche Befreiung bilden ein fortgesetztes Delikt; vgl. Sächs. Gerichtszeitung 1859, 374.

[2]) Noch zu finden in Sachsen 1855 a. 153, 1868 a. 152; Bayern 1861 a. 143 u. a.

ist gegeben bei Begünstigung, Rechtsbeugung, Landesverrat, dieser bei Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Nötigung, Sachbeschädigung, Bestechung, Urkundenfälschung. Ist der Gefangene Täter, dann ist er nur wegen dieser Verbrechen strafbar.[1]) Schließlich können noch konkurrieren Bruch amtlichen Gewahrsams nach § 133, Diebstahl an Anstaltskleidern, event. nur Unterschlagung, wenn die Aneignungsabsicht erst nach der widerrechtlichen Wegnahme erwacht. Fehlt jene überhaupt, entledigt sich aber der Befreite der Kleider und wirft sie weg, so ist dies weder Diebstahl noch Unterschlagung, nur Sachbeschädigung könnte in Frage kommen. Vgl. MStGB. § 137, wo neben dem Aneignungsdelikte ausdrücklich der Preisgabe königlicher Dienstgegenstände gedacht ist. Leider fehlt dem bürgerlichen Strafgesetzbuche ein analoges Preisgabedelikt.

---

[1]) Ausdrücklich gesagt von Bayern 1813 a. 330; Oldenburg 1814 a. 335; Sachsen 1838 a. 109 Abs. 4 u. a.; vgl. Goltdammer 37, 172 Anm. 8; Berner S. 395; Binding S. 588 Anm. 5; zu weit geht Böhmer, med. ad a. 180 § 5 (s. oben S. 37 Anm. 2); vgl. auch Chaveau-Hélie, théorie du Code pénal c. XXXIII.

§ 8.

V. Das Ergebnis.

Die Mängel der die Befreiung regelnden gesetzlichen Bestimmungen, wie sie sich im Laufe unserer Betrachtungen ergaben, mögen nochmals in Kürze dem von uns gefundenen Ergebnisse gegenübergestellt werden.

1. Der Staat ist Träger des sogen. Haftrechts, das mit jedem zu Recht bestehenden, physischen Zwangsverhältnisse gegeben ist. Der ihm Unterworfene ist der Gefangene im Rechtssinne, der Zwangszustand ist die Haft, die das Gesetz kriminellem Schutze unterstellt. In diesem allgemeinen Sinne kennt das Gesetz den Gefangenen nicht, sondern es sucht ihn kasuistisch zu definieren, indem es seine Befreiung aus dem Gefängnis, aus der Gewalt der bewaffneten Macht oder des ihn Bewachenden ahndet. Zur Besserung würde sich also eine abstrakte Begriffsbestimmung oder überhaupt das Unterlassen jeder näheren Bezeichnung des Gefangenen empfehlen.

2. Das Delikt ist die widerrechtliche Beseitigung des Gewaltverhältnisses. Dieser allgemeinen Fassung folgend, sollte man von einer rechtswidrigen Aufhebung der Haft reden und nicht in die schon sub Punkt 1 genannten Befreiungsmöglichkeiten konkret zergliedern.

3. Das Delikt, begangen von jedem der drei in Frage kommenden Täter, ist rechtlich qualitativ das gleiche, gegen dieselbe Norm gerichtete. Dabei erwies sich die Gefangeneneigenschaft für die Pönalsanktion als Privilegierungs-, die Eigenschaft des Hafthalters als Qualifikationsgrund. Dagegen macht das Gesetz die Selbstbefreiung zum delictum proprium, indem es die Beihilfe zu ihr ausdrücklich mit Strafe bedroht. Deshalb wäre der Gefangene in den Täterbegriff des § 120 aufzunehmen, ihm aber ausdrücklich Straflosigkeit zuzusichern.

4. Bezüglich des Hafthalters ist der vom Gesetze gebrauchte Pleonasmus zu verwerfen, es genügt, wenn man ihn als den zur Bewachung Verpflichteten kennzeichnet. Schließlich fanden wir, um zwischen § 121 und § 347 scharf zu scheiden, für dogmatisch richtiger, unter § 347 nur den Beamten zu subsumieren, in dessen Amtskreis die Bewachungspflicht fällt.

Unter Berücksichtigung des eben Ausgeführten ließe sich de lege ferenda die Gefangenenbefreiung etwa folgendermaßen regeln:

§ 120: Wer vorsätzlich eine kraft Staatsgewalt bestehende Haft widerrechtlich aufhebt, wird wegen Gefangenenbefreiung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Der Gefangene, der die eigene Haft aufhebt, ist straflos, sofern kein anderes Strafgesetz erfüllt ist.

§ 121: Wer, zur Bewachung eines Gefangenen verpflichtet, die Haft vorsätzlich aufhebt, wird mit Gefängnis von einer Woche bis zu drei Jahren bestraft; bei Fahrlässigkeit tritt Gefängnis bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu 300 Mark ein.

Der Versuch ist strafbar.

§ 347: Der Beamte, der, von Amts wegen zur Bewachung eines Gefangenen verpflichtet, die Haft vorsätzlich aufhebt, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 1 Monat bestraft.

Bei Fahrlässigkeit tritt Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe bis zu 600 Mk. ein.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.